

ANTÔNIO MANUEL HESPANHA

340.09
H585h
1982

M. Helena J. Reis
Abril/91

HISTÓRIA DAS INSTITUIÇÕES

Épocas medieval e moderna

Arz 2 minha
Carol 7/2 pens
8.1.2003



LIVRARIA ALMEDINA 36 27 12

U.F.M.G. - BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA



128990406

NÃO DANIFIQUE ESTA ETIQUETA

*À memória de meu Avô, Conselheiro
Bernardo Botelho da Costa, e de meu Tio
e Padrinho, Conselheiro António Teixeira
Botelho.*

1305 2004

1299964-00

Toda a reprodução desta obra, seja por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

PREFÁCIO

Este curso de história das instituições decorre duma visão pessoal, não só do processo histórico e dos seus reflexos na história sectorial do direito e das instituições, mas também do sentido desta história sectorial e, por isso, do modo como deve ser exposta. Se isso não soasse a uma falsa modéstia ou se não pudesse criar a ideia de que se antepunha uma interpretação puramente subjectiva da história ao rigor da descrição de factos objectivos, este livro (qualquer livro...) poderia intitular-se "Uma história das instituições".

Quero, no entanto, explicitar alguns traços da pré-compreensão que o enforma, de modo a que o leitor o possa entender melhor e, sobretudo, se possa servir melhor dele.

Uma primeira palavra sobre as perspectivas metodológicas.

Tenho uma convicção profunda de que a realidade histórica não se dá em espectáculo perante um observador neutral e submisso. A história é sempre, até certo ponto, uma construção do historiador. Penso que só uma (hoje indesculpável) ingenuidade metodológica ou hipocrisia podem pretender o contrário. As questões que então se põem, neste plano, são duas. A primeira, a saber se a construção é enformada pelo puro arbítrio das concepções subjectivas do historiador acerca do homem e do mundo ou, em contrapartida, pelos dados, verificáveis, da actual teoria social, no seu esforço para identificar modelos (gerais ou sectoriais, permanentes ou temporais) do comportamento humano e social. A segunda é a de determinar um equilíbrio adequado entre estes modelos e os dados da investigação empírica. Neste livro, parte-se, decerto, dum modelo explicativo geral, que se procura pôr suficientemente a nú (cf., v.g., Secções I, IV, etc.), em termos de o leitor ter sempre presente a medida em que ele condiciona as conclusões do autor. Este modelo não é, no entanto, usado como uma alavanca para

resolver os problemas concretos ou para dispensar o autor de estudar os factos em si mesmos. Pelo contrário; a cada passo, esse modelo é confrontado com a realidade, cumprindo assim uma função heurística, e não dogmática.

A segunda referência diz respeito ao método expositivo.

Creio que o maior défice da nossa actual historiografia das instituições é constituído por uma deficiente perspectiva comparatista, a que se junta, muitas vezes, uma sensível desactualização em relação à problemática actual das questões. Não é, concerteza, com este livro que isso vai ficar resolvido. De qualquer modo, houve cuidado em fazer acompanhar a exposição da situação portuguesa de informações sobre as correspondentes situações estrangeiras ou, nos casos em que isso fosse impossível — dada a economia da obra —, em fornecer bibliografia actualizada com a qual se pudesse ganhar uma perspectiva mais englobante. Foi de resto no fornecimento de indicações bibliográficas (todas elas devidamente controladas e não apenas por “ciência de lombada”...) que foi feito aqui um esforço; não com o sentido de mostrar erudição, mas procurando fornecer pistas úteis para a crítica do próprio texto e para desenvolvimentos suplementares. Esforço idêntico se fez no domínio da indicação das fontes. Isto porque creio que nunca é demais chamar a atenção para o facto de que a história se faz, sobretudo, a partir da leitura das fontes originais e não de um indeterminável glosar das glosas. O capítulo 4 da I Parte fornece, nesse sentido, uma perfunctória introdução ao manuseamento das fontes jurídicas mais importantes, além de conter algumas informações acerca dos núcleos documentais com especial relevância neste sector. Embora com as limitações impostas pelos imperativos editoriais, procurou-se mesmo fomentar um contacto gráfico com as fontes, através de algumas gravuras.

Sobre o âmbito deste manual, importa dizer que ele nasceu duma experiência de ensino e que, por muitas voltas que lhe tenha dado, não perdeu essa marca de origem. Assim, ele está condicionado por aquilo que então se definiu como objecto do curso — a história da constituição, da administração e da prática jurídica. Cada um destes três núcleos institucionais recebeu um conteúdo diverso ao longo dos tempos e, sobretudo, nenhum deles pode ser historicamente circunscrito ao conteúdo que nós hoje lhe dermos. Daí que, em certos períodos, o tratamento das matérias se alargue a institutos que hoje situamos no domínio do

direito privado (v.g., a constituição fundiária). Seja como fôr, este livro não abarca sistematicamente uma exposição de todo o espectro institucional.

Na exposição destas matérias, uma estratégia intencional (e também uma certa preferência pessoal espontânea) levou a pôr o acento tónico na época moderna (não ainda na época contemporânea, a qual será o objecto duma empresa colectiva, já aprazada). Daí que os períodos anteriores tenham merecido apenas a atenção exigida por uma certa estética de trabalhos deste tipo (que obriga a que se inicie a exposição com o justamente clássico “começou por não existir”...) e, sobretudo, pela compreensão daquilo que se iria seguir. Isto é, nomeadamente, verdade para os períodos primitivo, hispano-romano e visigótico, sobre os quais me faltava, de resto, competência para mais altos voos.

Embora os livros não tenham destinatários certos, o autor pensa sempre num certo público quando os concebe. Este foi concebido a pensar nos estudantes das faculdades de direito e nos dos cursos de história das outras faculdades. Aos estudantes de direito — cuja vocação não é a de serem historiadores, mas juristas — tento, com este livro, cumprir um objectivo de formação jurídica, qual seja o de lhes abalar o mais possível as certezas positivistas legalistas que alguns dos seus mestres e meus colegas — bem com a rotina e um invejável sentido prático da vida — vão paulatinamente construindo nas suas cabeças, procurando eu aqui mostrar a precaridade das soluções jurídicas, o seu condicionamento social, o enraizamento histórico do corpo dos juristas, no seu pensar e no seu actuar; e, com isto, espero fazer-lhes compreender que a Justiça nem sempre está com os olhos fechados, que quase sempre os têm bem abertos e que, por vezes, até arrisca um piscar de olho, cheio de subentendidos, a uma das partes do litígio. Aos estudantes de história, tentarei, duma forma muito mais tradicional, mostrar-lhes como o mundo do direito não é um mundo de “subtilezas” sem sentido social, como apressadamente tem querido um certo entendimento do materialismo histórico. Para além de que lhes procurei fornecer materiais para o correcto entendimento da forma jurídica das instituições, sem o qual muitos ensaios de história social caem nos atoleiros mais miserandos.

Para servir uns e outros — bem como todos os restantes inesperados leitores — este livro procura, antes de tudo, ser útil.

Para isso, além do cuidado posto na esquematização, redacção e indicação de fontes e bibliografia, elaboraram-se índices ideográficos e onomásticos finais, que a experiência me diz serem de grande utilidade para o estudo.

Uma obra que não é grande não deve ser ocasião para grandes agradecimentos. Em todo o caso, não quero deixar de testemunhar o que, na elaboração deste livro, fico devendo a algumas pessoas. Ao Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva, pelo muito que com ele pude aprender em alguns anos de contacto científico; ao Doutor Johannes-Michael Scholz, pelo apoio e pelo estímulo e criatividade de intermináveis discussões sobre temas científicos quase sempre deliciosamente “insensatos” e razoavelmente herméticos; ao “Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte” e à sua direcção, pela oportunidade que aí tive de pesquisar e ler uma boa parte da bibliografia aqui utilizada; aos meus colaboradores e alunos da Faculdade de Direito de Lisboa, nos anos lectivos de 1978-9 e 1979-80, por terem, com as suas críticas, sugestões e dúvidas, ajudado a organizar o curso que está na base deste livro; e, finalmente, pela colaboração na organização dos índices finais, aos meus filhos João Pedro e Paula — que, uma cum patre suo, desde já se desculpam perante o leitor de algum erro na indicação das páginas.

I

INTRODUÇÃO

1. A história das instituições como perspectiva da história do direito.

1.1 História das fontes, história da dogmática jurídica, história das instituições.

A ideia de uma “história das instituições” surgiu, no panorama da historiografia jurídica, como reacção contra dois outros modos de entender a história do direito. Durante muito tempo, na verdade, a história do direito foi quase exclusivamente concebida como sendo ou a história das “fontes do direito” ou a história da “dogmática jurídica”.

No primeiro caso — “história das fontes” — ela descrevia a evolução das normas jurídicas (nomedamente, a lei e o costume) editadas (ou reconhecidas) pelo Estado para reger uma certa comunidade. No segundo — “história da dogmática” — descrevia a evolução das doutrinas e sistemas de conceitos utilizados pelos juristas para expor o direito por eles considerado vigente.

Estas duas orientações, entre si muito distintas, tinham algo de comum. Por outro lado, tendiam para isolar as realidades que tratavam de outras realidades (sistemas políticos, económicos, culturais) que, conjuntamente com o direito, organizam a vida social. Partiam, isto é, do princípio (muitas vezes não expressamente assumido, mas latente) de que o modo de ser da ordem jurídica está dependente da *vontade* do legislador ou das *construções intelectuais* dos juristas (isto é, num caso ou noutro, de factores individuais), pouco ou nada tendo que ver com os restantes aspectos da vida social (a cena política, o sistema económico, as crenças religiosas, as tradições culturais). Por outro lado, as referidas orientações ignoravam o intervalo que

existe entre os textos da lei ou das obras teóricas dos juristas e as suas aplicações concretas na vida do dia a dia. Ora este intervalo existe e, em regra, introduz não poucas deformações nos textos legais ou doutrinários iniciais: há normas que caem em desuso e não são efectivamente aplicadas; outras são completamente distorcidas pela interpretação; e também não é raro que certas regulamentações concretas da vida social não arranquem de normas jurídicas previamente formuladas pelo legislador ou pela doutrina, antes sejam criações autónomas da própria vida social⁽¹⁾.

1.2. O “legalismo” e o “idealismo”, pressupostos filosóficos das anteriores concepções historiográficas.

É claro que os historiadores que se dedicam a este tipo de história do direito não ignoram a justeza do que acaba de ser brevemente dito e, se continuam a perseverar nessa orientação, é porque entendem ser legítimo desprezar, ao escrever a história do direito, as tais relações entre o direito e os outros sectores da vida social e as tais distorções que a vida social impõe aos textos jurídicos (textos legais ou textos doutrinários). Por outras palavras, entendem que estes aspectos não pertencem à essência do fenómeno jurídico e que, assim, sacrificá-los não compromete uma correcta compreensão histórica do direito.

Por detrás desta posição está a ideia de que o direito é constituído por um *sistema de normas* (versão do positivismo legalista), por um *sistema de conceitos* (*normativos*) (versão do positivismo conceitual) ou por um *sistema de valores* (versão dos jusnaturalismos), sistemas que se situam num plano diferente (e superior) ao da realidade social, pois são criações do espírito humano (ou do próprio espírito divino). Nesta perspectiva, a ordem jurídica encontra-se *constituída e perfeita antes e independentemente da sua aplicação*, pelo que todas as peripécias desta aplicação são, em rigor, dispensáveis (ou mesmo impertinentes) para a história do direito.

⁽¹⁾ Sobre este ponto — que adiante será um pouco mais desenvolvido — cf. MARIANO e JOSÉ LUIS PESET, *Vicens vives y la historiografía del derecho en España*, “Ius Commune” n.º 6 (*Vorstudien zur Rechtshistorik*, ed. J.-M. SCHOLZ), Frankfurt-Main, 1977, 253 ss.

Esta tem sido a perspectiva de todas as posições idealistas ao longo da história da filosofia do direito. Das suas aplicações mais significativas na filosofia do direito referimos apenas três:

a) “Positivamente legal” ou “legalismo”. Identifica o direito com a lei (i.e., com a expressão geral e abstracta da vontade dos governantes), no duplo sentido de que (a) nega a existência de qualquer valor jurídico superior à lei, em relação ao qual a validade desta possa ser aferida, e (b) reduz os restantes momentos da vida jurídica a várias modalidades da mera *aplicação* da lei aos factos, desprovidas de qualquer legitimidade criadora ou inovadora.

b) “Jusnaturalismo racionalista”. Define o direito como a realização (progressiva) dos ditames da razão humana; tal como, no domínio da matemática, o espírito humano pudera criar conceitos abstractos dotados de eficácia sobre a realidade, também, no domínio da organização social, ele poderia formular — interrogando a própria “natureza do homem” ou a “natureza das coisas” — princípios jurídicos válidos *a priori* aos quais a realidade necessariamente se adequaria.

c) “Positivismo conceitual” ou “conceitualismo”. Crê que o sistema jurídico se pode reduzir, através da elaboração científica, a um sistema orgânico de conceitos. Nesta perspectiva, o direito seria, antes de mais, uma criação científica dos juristas (e não do legislador ou da sociedade); o seu principal valor seria a coerência lógica interna (e não a justiça ou a adequação à realidade social).

Para qualquer destas perspectivas (aqui muito sumária e simplificadoramente descritas), a realidade é um momento completamente estranho à essência do direito; é apenas o objecto (externo) da regulamentação jurídica⁽²⁾.

1.3. Os fundamentos teóricos e filosóficos da “história das instituições”.

Estas concepções filosóficas e teóricas que estão na base das concepções historiográficas anteriormente expostas encontram-se, desde (pelo menos) a primeira metade de século passado,

⁽²⁾ A melhor exposição de conjunto das escolas que integram cada uma das correntes referidas é a de F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, 2.ª ed. (trad. port., *História do direito privado moderno*, Lisboa, 1980) v. índice de matérias. Indicações mais abreviadas encontram-se em A. LATORRE, *Introducción al derecho*, Barcelona, 1972, 4.ª ed., *maxime*, §§ 37, 54, 57, 59. Na bibliografia portuguesa, saliente-se a exposição de A. CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito. Lições*, Coimbra, 1971-2, *maxime*, 265-275 (com referências a outra obra sua, *Questão-de-facto e questão-de-direito*, Coimbra, 1977, 4-15 (indicações sumárias, mas bastante expressivas).

confrontadas com outra perspectiva que, pelo contrário, propende a identificar o direito não com um conjunto de normas alheias à realidade social concreta, mas antes com uma *regulamentação da vida que arranca dessa mesma realidade*, combinando-se e inter-relacionando-se com outros sistemas de valores (moral, etiqueta, religião) na função, comum a todos eles, de resolver os conflitos sociais e de dar coesão ao todo social.

O conceito de “instituição,, (lançado por M. HAURIUO e vulgarizado pelas escolas sociológicas, sobretudo francesa e italiana) procura precisamente traduzir, de forma um tanto oscilante, esta ideia de um *sistema de normas jurídicas incarnado na realidade social, de uma estrutura social organizada pelo direito de modo tão íntimo e indissociável que o “momento normativo” não pode ser isolado da realidade sociológica que enforma sem que, por isso, resulte incompreensível*. “Uma instituição — escreve M. HAURIUO (*Théorie de l'institution. Essai de vitalisme social*) — é uma ideia de empreendimento que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização desta ideia, organiza-se um poder que lhe procura órgãos próprios; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por regras de processo”.

Esta ideia de que os factos sociais (v.g., o Estado, a família, os contratos) contêm *ordenação espontânea* da qual arrancam as normas representa uma reacção contra aquela outra ideia, já exposta, de que o direito é produto *livre* da vontade do legislador ou do espírito dos juristas.

Embora com raízes anteriores — S. TOMÁS DE AQUINO (1225-1274) e MONTESQUIEU (1689-1755) — é a *Escola Histórica Alemã* (nomeadamente, F. K. von SAVIGNY, 1779-1861) que lança no pensamento jurídico moderno a ideia de que o estudo (e a história) do direito é inseparável do estudo dos restantes factos sociais contemporâneos, pois tudo isso está animado por um sentido espiritual comum, o “espírito do povo” (*Volksgeist*). Ainda na Alemanha, a chamada “*jurisprudência dos interesses*” (nomeadamente, R. von IHERING, 1818-1892) vem insistir em que o direito arranca, antes de mais, de conflitos sociais de interesses, de modo que o trabalho dos juristas (*jurisprudência*)^(*) não pode consistir

(*) No sentido originário da palavra (lat. *iurisprudentia*); hoje, a palavra *jurisprudência* designa, preferentemente, as decisões dos tribunais.

numa construção conceitual abstracta — como queriam os seguidores da “*jurisprudência dos conceitos*” —, tendo antes de averiguar os conflitos de interesses anteriores à norma jurídica e a que esta visa dar solução. A partir daqui, e sobretudo após a criação da sociologia por A. COMTE (1798-1857), uma das correntes mais importantes do pensamento jurídico passa a ser constituída pelas diferentes escolas sociológicas, uma das quais é precisamente a “*escola institucionalista*” ou “*realista*” (L. DUGUIT, M. HAURIUO, G. JÈZE) (*).

Por sua vez, o marxismo (K. H. MARX, 1818-1883, F. ENGELS, 1820-1895) rejeita como “*idealista*” a posição dos que consideram o direito como algo que pode ser considerado desligadamente da forma concreta como os homens vivem, designadamente, da forma como em cada época histórica *se organiza a produção*. Produção, por um lado, de bens materiais (produção económica), sendo o “*modo de produção*” económico a base que, mediata ou imediatamente, determina as relações sociais e as formas culturais. No entanto, *sendo as próprias formas culturais artísticas* (literatura, cinema, artes plásticas), *jurídicas, religiosas, científicas produzidas por um aparelho institucional* (a organização jurídica e judiciária, para o direito; as instituições científicas, para a ciência) *dotado de uma certa estrutura histórica de funcionamento, também estas formas*

(*) Sobre as correntes do pensamento jurídico aqui brevemente referidas o melhor texto de conjunto volta a ser F. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, cit., índices temático e onomástico; mas existem, também, F. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960 (trad. port. *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, 1979) e R. POUND, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. esp., Barcelona, 1950. Síntese bem feita em A. LATORRE, *Introducción al derecho*, cit., §§ 66-73, de que existe trad. port., Coimbra 1973. Entre nós, para além das indicações (desactualizadas) de L. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do direito e do Estado*, Coimbra, 1949, vol. I (sobre o “*institucionalismo*”, p. 371), A. CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, cit., 276-323. Já a sua obra *Questão-de-facto e questão-de-direito*, cit., se centrava na tese de que era teórica e metodologicamente impossível separar o “*direito*” do “*facto*”; as perspectivas de que parte não coincidem, no entanto, com as que estão subjacentes à concepção historiográfica que irá ser adoptada. Sobre a influência das correntes positivistas e institucionalistas na historiografia jurídica portuguesa, v. o meu artigo *L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)*, “*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*” 9 (1980).

culturais não podem ser explicadas sem uma referência ao seu próprio “modo de produção”. Utilizando a fórmula vulgarizada por um dos mais destacados representantes do marxismo contemporâneo, L. ALTHUSSER, as formas culturais são determinadas, em última instância, pelo modo de produção económica e *sobredeterminadas* (i.é., ulteriormente ou suplementarmente determinadas) pelo seu próprio modo de produção⁽⁵⁾).

1.4. A escola dos “Annales”.

A estas duas concepções teórico-filosóficas que, do ponto de vista da teoria do direito, recomendavam uma maior ligação entre a história jurídica e a história social juntou-se, recentemente, a corrente historiográfica francesa conhecida por “escola dos *Annales*” (M. BLOCH, L. FEBVRE, F. BRAUDEL, P. VILAR)⁽⁶⁾, corrente decisiva na evolução dos estudos históricos

(5) A teoria da sobredeterminação, com claras raízes em Marx e Engels mas decisivamente enriquecida com a contribuição de Mao Tsé Tung (*Da contradição*, 1937), foi exposta por L. ALTHUSSER em *Pour Marx*; (Paris, 1965), cap. III, *Contradiction et surdetermination*. A sua importância para a teoria das formas culturais resulta de L. ALTHUSSER, *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado*, trad. port., Porto, 1974; sobre toda esta problemática aplicada à história do direito, A. M. HESPANHA, *A história do direito na história social*, Lisboa 1978, 9 ss.

(6) O nome da escola provém do título da revista “*Annales d'histoire économique et sociale*” (1929), hoje *Annales. Économies. Sociétés. Civilisations*, em torno da qual este grupo se organizou. “Manifestos” do grupo podem considerar-se as obras de L. FEBVRE, *Combats pour l'histoire*, 1953 (trad. port., *Combates pela história*, Lisboa, 1977, 2 vols.), de M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, 1952, e F. BRAUDEL, *Écrits sur l'histoire*, 1969 (trad. port., *História e ciências sociais*, Lisboa 1972). Cf., ainda, P. VILAR, *História marxista, história em construção*, Lisboa 1976. Representantes ibéricos desta escola (que à Península Ibérica dedicou muita atenção, sobretudo através das obras de F. MAURO, P. VILAR e F. BRAUDEL), J. VICENS VIVES (*Historia social y económica de España y América*, 1957-9, a coroar uma longa série de monografias quase todas sobre temas catalães) e V. MAGALHÃES GODINHO (*L'économie de l'empire portugais aux XV^e—XVI^e siècles*, 1958; *Os descobrimentos e a economia mundial*, 1963-71; *Prix et monnaies au Portugal, 1750-1850*, 1955).

Sobre a “escola dos *Annales*” em geral e, em especial, sobre o seu relevo para a historiografia jurídica, a obra central é hoje J. M. SCHOLZ, *Historische*

em toda a Europa, cujas ideias-mestras, muito abreviadamente descritas, são as seguintes:

a) superar a história positivista, voltada para a pura descrição de *factos isolados* (*événements*), através de um esforço no sentido de surpreender as *estruturas mais profundas e mais estáveis* (estruturas demográficas, económicas, culturais, linguísticas, etc.) que *explicam* a verificação e encadeamento desses factos;

b) abater as barreiras que se levantam entre os diversos sectores especializados da história (história cultural, demográfica, económica, jurídico-política) de modo a estabelecer uma *história global*, restaurando a unidade real da vida, em que os diversos aspectos da actividade humana se inter-relacionam;

c) substituir a uma história *sentimental* ou *impressionista* uma história *rigorosa e científica*, que se socorra dos resultados das ciências humanas (sociologia, linguística, economia, semiologia) e que, em contrapartida, lhes forneça matéria prima para ulteriores elaborações teóricas;

d) encarar, portanto, a história não só como ciência do passado — i.é., como actividade intelectual que se esgota na erudição ou na busca do exotismo histórico — mas como ciência do presente, na medida em que, em ligação com as ciências humanas, investiga as leis de organização e transformação das sociedades humanas.

1.5. Linhas de força de uma história “institucional” ou “social” do direito (“história das instituições”).

Cada uma destas correntes não pode, a seu modo, deixar de influir no modo de conceber a história do direito e de perturbar a consciência metodológica de uma disciplina que vinha prolon-

Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik, em *Ius commune*. Número especial: *Vorstudien zur Rechtshistorik*, ed. J.-M. SCHOLZ, Frankfurt/Main, 1977, 1-175.

Numa perspectiva paralela à “escola dos *Annales*” — i.é., propondo também uma história global e combatendo, no plano específico da história jurídica, a ideia da autonomia absoluta do direito (ou seja, a “ideia de separação”, *Trennungsdenken*) —, destaca-se na historiografia alemã a figura de O. BRUNNER (sobretudo com *Land und Herrschaft*, Wien 1939), sobre a qual F. BRAUDEL, *Écrits sur l'histoire...* cit., 175-191.

gando, em geral sem interrogações fundamentais, as concepções jurídicas e os métodos historiográficos dos fins do século passado. Não é este o lugar indicado para descrever miudamente o despertar metodológico da historiografia jurídica a que hoje se assiste e o progressivo estabelecimento de uma *história social* ou *institucional* do direito⁽⁷⁾. Cabe apenas realçar algumas das suas linhas de força:

1) A primeira delas é a de que história das instituições é muito mais do que a história das fontes do direito e, sobretudo, *muito mais do que a história das leis*, da mesma forma que o próprio direito não pode ser reduzido à lei. É, de facto, a um nível “inferior” ao nível legislativo que o direito regula as situações concretas e se transforma em “instituições”; em *vida*: ao nível das sentenças judiciais, da actividade dos advogados e dos notários, das decisões dos órgãos administrativos, das obras jurídicas de divulgação destinadas ao grande público dos juristas generalistas e mesmo dos leigos. Quantas vezes um regulamento, uma corrente jurisprudencial, um costume administrativo, uma corrente de opinião pública, uma impossibilidade material ou política, não reduz o texto legal a uma mera fórmula vazia de impacto social?

(7) Algumas indicações são dadas por mim em *A História do direito na história social*, cit. (n. 5).

Um balanço crítico da situação da recente historiografia jurídica espanhola e portuguesa pode ver-se em J. - M. SCHOLZ, *Zum Forschungsstand der neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugals*, “Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte” 1(1980), 165-187 (trad. port. em publicação na “Revista de história das ideias”); para Espanha, ainda, MARIANO e JOSE LUIS PESET, *Vicens Vives y la historiografía del derecho en España*, “Ius commune”, n.º esp., cit., 176-262; para outras zonas da Europa, além de J. - M. SCHOLZ, *Historische...*, cit. (n. 6) e de F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica en Europa continental (1970-1975)*, “Historia. Instituciones. Documentos” 5(1978) 431-67, J. A. ESCUDERO LOPEZ, *La historiografía general del derecho inglés*, “A. H. D. E.” 35(1965) 217-356; ANTÓNIO MERCHAN-ALVAREZ, *La historia del derecho en Alemania: bibliografía general, centros de investigación y enseñanza de la disciplina en las Facultades de derecho*, “A. H. D. E.” 45(1975) 641-684; JOSE MARIA GARCIA MARIN, *Actitud metodológica y historia de las instituciones en Francia: una valorización de conjunto*, “Historia. Instituciones. Documentos”, 4(1977) 49-107; ALDO MAZZACANE, *Zur Methodendiskussion der marxistischen Rechtsgeschichteschreibung Italiens*, Bremen 1976, ed. pol.; *Problemi e correnti di storia del diritto* [em Itália], “Studi storici” 3(1976).

Apenas alguns exemplos, para ilustrar as ideias anteriores. Apesar de a *Carta Constitucional (1826)* definir como da competência exclusiva das Cortes a aprovação do orçamento (art. 15.º, § 8.º), apenas menos de 30 orçamentos (em mais de 75 anos de vigência efectiva da Carta) receberam a sanção do corpo legislativo⁽⁸⁾. Caso inverso: a mesma Carta Constitucional não continha qualquer norma que estabelecesse a responsabilidade política do Governo perante as Cortes; no entanto, logo a partir dos primeiros anos (1836) do regime cartista foi pacífico o entendimento de que um voto de desconfiança ou a derrota do Governo numa questão política essencial deveria conduzir à sua demissão.

A partir de 1810, pelo menos, foi intensamente discutida a conveniência e legitimidade de os senhores a quem os reis tivessem doado terras com os inerentes direitos e privilégios fiscais (“forais”) manterem a possibilidade de os exercerem. Com o estabelecimento da ordem liberal tal possibilidade foi extinta (dec. de 13.8.1832), ficando as terras livres de quaisquer direitos dominicais (do lat. *dominus*, senhor), pelo que os seus possuidores ficavam apenas obrigados ao pagamento dos impostos estaduais. Era, no entanto, necessário provar que as prestações devidas aos senhores tinham natureza feudal e não contratual (i.e., que decorriam dum direito doado ao senhor pelo rei e não, v.g., dum contrato de aforamento ou de arrendamento). Acontece, no entanto, que a orientação dominante dos tribunais (mais tarde coonestada pela lei de 22.6.1846) favorecia a manutenção da incerteza quanto à natureza das prestações a que os senhorios tivessem direito, com a consequência de que as demandas sobre este assunto se prolongavam indefinidamente, sacrificando sistematicamente a parte mais fraca, ou seja, o foreiro. Posto perante a perspectiva duma demanda eterna e de desfecho incertíssimo, este acabava por preferir o acordo com o senhorio, reconhecendo o carácter contratual da prestação em troca duma sua redução ou de outro qualquer “prato de lentilhas”. Eis como uma corrente jurisprudencial sobre um problema tão prosaico como o do ónus da prova da natureza foreira da prestação inutilizou a solene abolição legislativa da renda agrária feudal (ou renda “absoluta”) nos campos em Portugal que, encoberta sob formas contratuais (enfitéuse, arrendamento, parceria, colónia), se manteve até aos dias de hoje⁽⁹⁾.

(8) Cf. CLEMENTE JOSÉ DOS SANTOS, *Estatísticas e biographias parlamentares portuguezas*, vol. I (Lisboa, 1887), 132-45, vol. II.1 (Lisboa, 1890), 147.

(9) Sobre a “questão dos forais”, por último e focando este aspecto concreto, A. SILBERT, *O feudalismo português e a sua abolição*, em *Do Portugal do antigo regime ao Portugal oitocentista*, Lisboa, 1972, 85-108, maxime 100-106; com mais alguns elementos, o meu artigo *O jurista e o*

Assim, quem quiser fazer a história das instituições jurídicas tal como a vida real as conhece (os ingleses falam em *law in action*, por contraposição a *law in the books*) tem que se preocupar, sobretudo, com os resultados da prática jurídica concreta, com essa massa de fenómenos jurídicos todos os dias repetidos (contratos, sentenças, decisões administrativas, pareceres doutrinários e forenses, intervenções parlamentares, etc.). São eles de facto, mais do que os textos das leis ou as obras de ponta da ciência jurídica a medula das instituições jurídicas concretas, o corpo do direito vivido. É a este nível que se manifesta uma série de traços institucionais que, ao nível legislativo, passam despercebidos⁽¹⁰⁾.

Ainda um par de ilustrações. Os *secretários do rei* têm, na estrutura política do “Estado moderno” (sécs. XVI a XVIII) um papel central, que lhes advém da sua intervenção quotidiana ao lado do monarca na resolução da massa dos problemas que subiam à sua consideração. Isso acontece também em Portugal, a partir da segunda metade do século XVI; é, no entanto, escusado procurar nas Ordenações ou na legislação complementar (“extravagante”) qualquer indício adequado da importância deste cargo; as Ordenações (Manuelinas, 1514-21, Filipinas, 1603) nem o referem *ex professo* entre os funcionários da administração central e o primeiro regulamento extenso das secretarias (de Estado) data de 1736. Pelo contrário, através da delegação ‘prática’ (i.e. a-legal) indiciada pelo exame das assinaturas das cartas régias, das regras de precedência nas cerimónias da corte, das formas de tratamento, do *curriculum* político e social das pessoas investidas naquele cargo, pode avaliar-se adequadamente o seu peso político e burocrático⁽¹¹⁾.

legislador na construção da propriedade burguesa-liberal em Portugal, polic., Lisboa 1979/80 e a contribuição de J. - M. SCHOLZ para o manual de H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur des neueren europäischen Privatrechts*, vols. III.1 e III.2 sobre a legislação oitocentista portuguesa.

⁽¹⁰⁾ V., sobre o tema, MARIANO e JOSÉ LUÍS PESET, *Vicens Vives...*, cit., 253 ss.

⁽¹¹⁾ O estudo mais recente sobre os secretários do rei, para Portugal, é M. PAULO MERÊA, *Da minha gaveta — Os secretários de estado do antigo regime*, em “Bol. Fac. Dir. Coimbra”, XL (1964) 173 ss. Também o estudo de certos órgãos da administração exige um enfoque mais vasto do que a mera descrição da sua competência legal; ou seja, um estudo detalhado da sua actividade concreta. F. RANIERI e P. C. TIMBAL propõem-se fazê-lo, respectivamente, para o *Reichskammergericht* (tribunal imperial alemão) e para o *Parlement* de Paris (v. as suas contribuições no número especial de “Ius

No domínio do direito privado, também apenas o estudo massivo dos actos jurídicos concretos (e não apenas o estudo da legislação que os regula ou da doutrina que sobre eles se forma) pode dar uma imagem fiel das instituições e, nos casos extremos supreender as modalidades “clandestinas” de actos proibidos por lei mas frequentes na prática sob forma disfarçada (v. g., a usura, ou mútuo oneroso, proibidos pelo direito medieval, ou o divórcio, entre nós proibido em absoluto até 1911 e, para os casamentos canónicos, de 1940 a 1975). Daí o interesse do estudo dos arquivos judiciais e notariais, estudo que — pela massa documental com que lida — obriga à utilização de técnicas de investigação baseadas na estatística e no tratamento automático dos dados por computador⁽¹²⁾.

Esta distância entre o direito legislado e o direito praticado — se já é grande no contemporâneo “Estado legal” (*Gesetzstaat*), em que o quadro das fontes de direito formais se reduz à lei e em que o grau de efectividade do direito legislado é, apesar de tudo, muito grande — é ainda maior nas anteriores formas de organização política. Aí, por um lado, o grau de efectividade das medidas do poder era muito prejudicado pelas deficiências do enquadramento político e administrativo, pela morosidade das comunicações, pela dispersão social do poder e da força. Mas, por outro lado, a própria lei era considerada como apenas uma das fontes de direito (e, porventura, não a mais importante), como se verá mais tarde (cf. *infra*, 403 ss.⁽¹³⁾).

commune” cit. na nota seguinte); entre nós, o mesmo deveria ser feito para qualquer dos tribunais superiores, nomeadamente para o Desembargo do Paço, cuja actividade de facto nem sempre reproduz exacta a sua competência legal.

⁽¹²⁾ Sobre os métodos da história quantitativa aplicados à história jurídica, *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Arbeitsberichte*, número monográfico da revista “Ius commune”, 7(1977); aí, sobre o surto da informática na história do direito, o informadíssimo artigo de G. DOLEZALEK, *Computer und Rechtsgeschichte. Einführung und Literaturübersicht*, p. 36-116, onde se encontram notícias dos já incontáveis projectos concretos de utilização da informática na história do direito, desde a realização de glossários e índices de fontes, até à organização de ficheiros automáticos de fundos arquivísticos, passando por estudos estatísticos de frequência de certos actos jurídicos ou por elaboração de matrizes linguístico-estilísticas que permitam comprovar a autoria de textos anónimos ou de autor controverso. Mais em geral sobre a utilização da informática na história, limitamo-nos a remeter para a revista “Computers and the humanities”, New York (mensal, a partir de 1968), ou para a bibliografia final do manual da IBM, *Introduction to computers in the humanities*, 1971.

⁽¹³⁾ O ponto de vista de alguns cultores da história geral de que a perspectiva da história jurídica e institucional é inútil, — em virtude de o

Se para o sociólogo e para o historiador do direito, a relevância do direito não legislado é ponto que não oferece dúvidas, já para o jurista dogmático a tomada em consideração deste direito pode deparar com obstáculos de difícil superação (nomeadamente, com a irrelevância do costume *contra legem*, com a proibição do julgamento contra lei expressa, etc.).

No entanto, o próprio pensamento dogmático de raiz positivista conhece válvulas de escape para as tensões mais graves entre o direito positivo-legal e as convicções jurídicas da comunidade. A ideia de não exigibilidade e da falta de consciência da ilicitude no direito penal; a relevância (embora limitada) do erro acerca do direito e o princípio da boa fé no direito civil; a invocação dos princípios gerais do direito, de direito natural, de direito supra-nacional, escrito ou não, e a teoria da lei injusta, na teoria geral das fontes de direito, constituem alguns desses escapes. V., sobre o assunto, por todos, K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, trad. port., Lisboa 1978, 467 ss.; K. ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. port., Lisboa 1970, 267 ss.; F. WIEACKER, *História do direito privado moderno...*, cit., maxime 679 ss.

2) Outra linha de força desta perspectiva da história das instituições, válida sobretudo para quem estuda a actividade doutrinal dos juristas, é a de atender não tanto ao brilho e originalidade das obras ou dos autores estudados mas, sobretudo, ao impacto da sua produção doutrinal na vida jurídica do seu tempo. Não é que as grandes criações do espírito humano (e, portanto, também as grandes criações dos juristas) não tenham o seu lugar na história, independentemente do seu impacto cultural. Têm-no, como o tem a biografia, a crónica mundana, os episódios guerreiros, realidades que, todas elas, fazem parte da tal história factual (*évènementielle*) a que antes nos referimos. Todavia, numa história social do direito (i.e, numa história que encare o direito como um factor de ordenação social), a perspectiva é diferente, ganhando um maior interesse os aspectos massivos a impessoais como, v.g., o do grau de difusão das obras doutrinárias (avaliado, v.g., através do número e locais das edições,

desenho legal das relações jurídicas ser a todo o momento desmentido pela prática — arranca, portanto, duma concepção errada do que seja a história do direito; tanto mais errada quanto mais nos distanciarmos do actual “Estado legal” e nos voltarmos para os ordenamentos jurídicos “pluralistas” das épocas pré-contemporâneas.

do estudo dos catálogos das bibliotecas jurídicas, das citações feitas em outras obras ou nas decisões judiciais). É a partir destes aspectos que emergem os dados estruturais ou de longa duração; ou, para utilizar uma expressão de ressaibos gramscianos, o “jurista colectivo”⁽¹³⁾.

Nem sempre os autores mais originais e criadores são os de maior impacto prático. Muitas vezes, diríamos que é o contrário o que se passa. Entre nós, temos um exemplo claro com MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO), 1744-1817. Jurista pouco original, de estilo pesado e arcaizante, foi, no entanto, um dos juristas mais lidos durante todo o século XIX. O carácter enciclopédico das suas obras, quer quanto aos temas tratados, quer quanto à bibliografia citada (sobretudo a bibliografia jurídica tradicional) tornou-o num escritor de leitura obrigatória durante quase todo o século XIX. Mesmo após a publicação do Código Civil de 1867, que alterava quase toda a legislação sobre que se baseara, continua a ser citado. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (em *Noções fundamentais de direito civil*, Coimbra 1962) referem o seu interesse, ainda nos anos sessenta do nosso século. A importância deste facto para a história jurídica portuguesa não pode ser subestimada. LOBÃO, e com ele toda uma série de outros autores e de obras “menores” de intenção prática, contribuíram, por vezes muito mais do que a lei, para conformar os resultados da prática jurídica em Portugal no século passado.

3) A terceira linha de força da história das instituições é constituída por aquilo a que poderemos chamar “*combate ao jurisdicismo*”, ou seja, à ideia de que o direito existe separado dos factos sociais e que, de fora, se lhes aplica. É que, na verdade, as normas jurídicas não só arrancam dos conflitos sociais como visam dar-lhes uma resposta adequada (ou “justa”, i.e., socialmente aceitável). O seu condicionalismo social é, assim, duplo:

a) não respondem senão aos problemas que a sociedade põe (ou, doutro modo, às contradições que a sociedade contém)⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Os temas aqui aflorados remetem para uma certa ideia de “descentramento do sujeito” comum a várias correntes das actuais antropologia cultural, teoria dos saberes e sociologia da literatura. V., por todos, M. FOUCAULT, *L'Archéologie du savoir*, Paris 1969; R. ESCARPIT, *Le littéraire et le social*, Paris 1970.

⁽¹⁴⁾ O que se diz no texto contém uma certa simplificação, sobretudo se, ao falar em “normas jurídicas”, estivermos a pensar na lei e nas regras doutrinárias. A estes níveis, são possíveis, desde logo, fenómenos de antecipação

b) as respostas que lhes dão hão-de corresponder ao equilíbrio (ao peso relativo) das várias forças sociais interessadas (doutro modo, hão-de corresponder aos interesses, imediatos ou não, dos grupos sociais preponderantes, sob pena de, no caso contrário, serem consideradas inadequadas, inviáveis ou mesmo “injustas”).

Assim, para se compreender o que são, para que servem e como funcionam as instituições jurídicas, necessário se torna conhecer os problemas sociais de que elas arrancam, as tensões que à volta delas se geram, o peso relativo dos grupos sociais nelas comprometidos, os valores sociais dominantes (à luz dos quais as soluções jurídicas irão ser, também, valoradas). É preciso, por outro lado, ter a consciência de que rara é a norma jurídica que resolve uma questão puramente “técnica”; quase todas elas abordam problemas “políticos” (i.e, que dizem respeito ao poder — no seu sentido mais vasto — dos indivíduos e dos grupos na sociedade) e têm consequências também políticas. Isto tem que ser tido em conta para avaliar o seu impacto social e apreciar correctamente as peripécias da sua aplicação⁽¹⁵⁾.

Duas ilustrações do que acaba de ser dito. Os ataques desferidos, no século XVIII, contra a vigência entre nós do direito romano (que, na prática, constituía a maior parte do direito aplicável, pelo menos a nível central) e os esforços dessa época para clarificar o direito e o tornar menos propício às subtis interpretações dos juristas teve, também, o alcance político de diminuir o peso político da classe dos juristas e dos tribunais⁽¹⁶⁾.

(regulamentação ou tratamento de questões que a prática social não suscita), devidos sobretudo ao “contágio” de soluções legais ou doutrinárias estrangeiras.

Já nos níveis “inferiores” da prática jurídica (v.g., actividade dos tribunais) tais desencontros são menos possíveis. Claro que pode acontecer que um tribunal rejeite como *não jurídica* (i.e, insusceptível de decisão jurídica) uma questão. Isto quer dizer que a sociedade — ou, pelo menos, a instituição judiciária — considera que essa contradição social terá uma solução mais adequada (i.e, socialmente mais eficaz) se fôr resolvida, não nos termos do direito, mas nos termos de um outro sistema de valores (política, moral, religião, economia).

⁽¹⁵⁾ A tendência para destacar a história do direito dos seus condicionantes sociais e políticos constitui um reflexo daquilo a que O. BRUNNER chamou a “ideologia da separação” (*Trennungsdenken*) e que criticou como um vício metodológico e um dos factores do descrédito dos estudos histórico-jurídicos na primeira metade deste século.

⁽¹⁶⁾ V. A. M. HESPAHNA, *A história do direito na história social*, cit.



A recepção entre nós do *Code Napoléon* (foi este um dos pedidos endereçados ao Imperador por uma comissão chefiada pelo juiz do povo de Lisboa) não teria constituído (caso se tivesse verificado) um mero episódio da história das fontes do direito, mas traria profundas consequências do ponto de vista das relações de classe, pois, entre outras coisas, teria abolido o estatuto feudal da terra⁽¹⁷⁾.

4) Finalmente, a quarta linha de força, que corresponde a um indispensável antídoto contra a terceira, consiste em salvaguardar a *autonomia (relativa embora) da história das instituições jurídicas em relação à história social geral*.

Podia, na verdade, ser-se tentado a pensar que, na perspectiva anteriormente exposta, a história social ou institucional do direito se confundiria com a história social global. Isso não é, no entanto, verdade. A história social global — tal como aquilo que os sociólogos alemães modernamente designam por “teoria social” (*Gesellschaftstheorie*) — preocupa-se com a estrutura social global, com a identificação dos diversos níveis desta estrutura (económico, jurídico, ideológico, científico) e com o modo como eles se relacionam entre si. A história social constitui, portanto, a disciplina que tenta construir o modelo segundo o qual as diversas “histórias regionais” se relacionam.

O que acaba de ser dito requer alguns esclarecimentos adicionais, tendentes a explicar a concepção sociológica de que parte. Recolhe-se aqui a concepção de que a unidade de uma sociedade (i.e, o facto de as diversas práticas sociais serem entre si coerentes, de haver — por outras palavras — um certo “espírito de época”) não decorre do facto de um dos níveis da actividade humana (seja ele o espiritual ou o económico) gerar *directa e mecanicamente* todos os outros, mas sim de todos eles se inter-relacionarem no seio de uma estrutura (ou sistema).

Trata-se, portanto, de uma concepção *dialéctica*, e não *linear* (ou *mecanicista*) da sociedade e da história. Resta, no entanto, acrescentar, que o modo como os diversos níveis da actividade

⁽¹⁷⁾ Sobre as peripécias da recepção, entre nós, do código de Napoleão (*Code civil* de 1804), além de G. BRAGA DA CRUZ, *La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoléon*, “Ann. Fac. Droit Toulouse” 11(1963) 218-36 (ou “Bull. ét. port.” 30[1969] 119-137), J.-M. SCHOLZ, na sua contribuição sobre a legislação portuguesa oitocentista para o *Handbuch...*, cit. (n. 9), com muitos elementos novos.

humana se relacionam no seio da estrutura global não é puramente ocasional, mas tem a sua lógica: esse modo de ser da estrutura social é, muito simplesmente dito, aquele que melhor se adequa à manutenção e desenvolvimento do sistema de produção económica (concepção *materialista*). A concepção historiográfica de que se parte é, portanto, a oposta ao idealismo, por um lado, e ao materialismo mecanicista, por outro⁽¹⁸⁾.

A história das instituições jurídicas é, portanto, uma dessas “histórias regionais” correspondente a uma modalidade específica de actividade (ou prática) social, a *actividade ou prática jurídica*. O objectivo da actividade jurídica (ou o “produto” da *prática jurídica*)—tal como o de outras actividades (a etiqueta ou cortesia, a religião, a actividade cultural)—é *manter a coesão social* através da imposição de um conjunto de regras destinado a resolver os conflitos gerados entre os indivíduos.

Embora, como já se disse, não seja a prática jurídica a única capaz de produzir a coesão social, a prática jurídica fá-lo de um modo específico—mais dramático, se quisermos—, pois desencadeia (ou melhor, legitima o desencadeamento) mecanismos de coerção física, como seja a imposição de penas aos contraventores das suas normas. Assim podemos dizer, simplificando muito, que a história do direito (entendida como história institucional) é a *história daquele nível da actividade humana destinado a obter a coesão social através da ameaça de utilização de meios coercivos*.

⁽¹⁸⁾ O fundamento desta concepção foi exposta por L. ALTHUSSER, *Sur la dialectique matérialiste*, em *Pour Marx*, Paris, 1974 (1.^a ed., 1965), 85-116 e 161-224; noutra obra em que colabora, *Lire le capital*, Paris, 1970-73 retoma o tema, embora de forma menos sistemática. Também E. BALIBAR, quer na obra antes citada, quer em *Cinco estudos do materialismo histórico*, trad. port., Lisboa 1975, aborda a questão. Um ponto de vista crítico das consequências disto na teoria da história é dado por J. ESTEVES DA SILVA, *Para uma teoria da história. De Althusser a Marx*, Lisboa 1975-6, *maxime* vol. I, 142-170. Os pressupostos da teoria marxista da história estão criticados, por exemplo, por J.-Y. CALVEZ e RAYMOND ARON. A “leitura althusseriana” também tem sido criticada de dentro do marxismo (cf. *Contre Althusser*, obra colectiva, Paris 1974). Desenvolvi todos estes aspectos e, sobretudo, tentei aplicá-los à história do direito em *O materialismo histórico na história do direito*, em *A história do direito na história social*, cit.. Crítico, dum ponto de vista também marxista, em relação à posições aí defendidas, BARTOLOMÉ CLAVERO, *Historia, ciencia, politica del derecho*, “Quaderni fiorentini...”, 8(1979) 33⁽¹⁹⁾.

A consecução desta função implica não apenas a existência de um sistema de normas; implica ainda a *existência e funcionamento de um conjunto de instituições*—órgãos de produção legislativa, tribunais, notários e órgãos de registo, advogados e solicitadores, prisões e corpos policiais, escolas de formação de juristas, bibliotecas e sociedades científicas, revistas jurídicas, etc.. Conjunto a que, simplificada e, chamaremos “aparelho de produção do direito” ou, mais brevemente, “*aparelho jurídico*”⁽¹⁹⁾.

O modo de ser e de funcionar deste conjunto institucional condiciona o modo de ser do direito que por ele é produzido, como—de um modo mais geral—se pode afirmar que a natureza dos restantes “aparelhos de produção” condiciona a natureza dos seus produtos. Este facto é, em alguns dos seus aspectos, evidente: é evidente, por exemplo, que o modo como está organizado o ensino do direito condiciona a formação dos juristas e que esta constitui um elemento determinante do direito de uma época (do seu conteúdo, do seu âmbito de aplicação, etc.). Já outros aspectos deste condicionamento do modo de ser do direito pelos traços estruturais do seu sistema de produção são, normalmente, menos notados.

Por exemplo, a deficiente extensão da rede dos tribunais fomenta o desuso, na província, do direito “oficial” e o reaparecimento de sistemas jurídicos recessivos ou de um direito “pactício” constituído à margem do direito “oficial”. As mesmas consequências tem o encarecimento ou dificultação da justiça, como se viu no exemplo, antes dado, dos “forais”.

Ao nível do conteúdo e sentido da doutrina, influi decisivamente um facto aparentemente tão anódino como a “língua científica” utilizada. Assim, o facto de a literatura jurídica europeia ter sido, até aos fins do séc. XVIII, escrita em latim foi um poderoso factor de unificação da tradição jurídica europeia; enquanto que a nacionalização linguística da doutrina teve consequências inversas—entre nós, por exemplo, a um período de intenso conhecimento e influência da literatura jurídica alemã (de expressão latina, HEINNECIUS, BÖHMER, GROTIUS, WOLFF, THOMASII) que cobriu os séculos XVII e, sobretudo, XVIII, seguiu-se um outro em que a literatura alemã (agora de expressão alemã, HUGO, SAVIGNY,

⁽¹⁹⁾ A expressão “aparelho” procura destacar a ideia de que o direito não constitui um sistema axiológico ideal, mas algo segregado, *produzido*, por um conjunto de instituições sociais que, consideradas do ponto de vista do direito (i.e., do seu *produto*), constituem um aparelho de produção jurídica.

PUCHTA, WINDSCHEIDT) foi praticamente desconhecida, sendo a sua influência substituída pela literatura francesa — a partir do primeiro quartel do século XIX até quase ao fim da primeira metade deste século. E isto não deixou de ter profundas consequências no próprio conteúdo do nosso direito, já que entre as tradições jurídicas francesa e alemã havia, nessa altura, profundas divergências quanto a aspectos fundamentais do direito e, sobretudo, do entendimento da função da doutrina em relação à legislação.

Finalmente, o estatuto socio-político dos juristas, *maxime*, dos juízes influi directamente, não só na função dos tribunais, como ainda no conteúdo do direito. A épocas de poder e prestígio socio-político dos juristas tem correspondido um relativo apagamento da lei, com a consequente diluição da “certeza” do direito, uma maior tendência para o casuismo e para o recurso a “cláusulas gerais” (“boa fé”, “bons costumes”, “razoabilidade”); pelo contrário, a épocas de decadência política e social dos juristas têm correspondido a supremacia da lei, um reforço da “certeza” e “segurança” e das soluções jurídicas que a promovem.

Assim, e em conclusão, diremos que ao fazer a história das instituições, embora atendendo a toda a problemática social a que o direito visa dar resposta, não podemos deixar de ter em conta que a resposta que o direito dá é uma *certa* resposta (diferente, isto é, doutro tipo possível de respostas, como as de moral, da religião, etc.), com traços específicos que a caracterizam. Traços que lhe advêm da *função social* própria do direito, mas também dos condicionamentos postos pelo aparelho institucional em que tais respostas são produzidas. É isto que dá especificidade ao direito, é a atenção a isto que marca a distância entre a história das instituições jurídicas e a história económico-social⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Para maiores desenvolvimentos, A. M. HESPANHA, *O materialismo histórico na história do direito*, em *A história do direito na história social*, cit.. Este problema da especificidade da história jurídica em relação à história social agudiza-se, sobretudo, perante uma concepção materialista da história, como a marxista; na verdade, arrancando da versão simplificadora de que o marxismo faz decorrer directamente da base (económica) a explicação das superestruturas (cultural, jurídica, etc.) já se tem afirmado (sobretudo, já se tem afirmado que o marxismo afirma...) a ilegitimidade de tratar o direito como realidade distinta das relações económicas de produção. As indicações da tradição marxista são, no entanto, em sentido diverso. Engels, por exemplo, acautelou interpretações deste tipo.

2. A função da história das instituições na formação dos juristas.

Posto isto, importa ainda, antes de entrar no miolo do curso, esclarecer as razões da inclusão da “história das instituições” no plano de estudo das faculdades de direito, questão desde há muito latente mas que, com as recentes reformas do nosso ensino universitário do direito, ganhou uma urgência desconhecida.

A questão que se põe não é, na verdade, a do interesse da história do direito (ou da história das instituições) *como disciplina histórica*⁽²¹⁾; é antes a do interesse da inclusão desta disciplina no plano de estudo dos futuros juristas.

2.1. Perspectiva histórica.

Não é inútil, para o esclarecimento desta questão, um breve excursus acerca das funções que à história do direito têm sido atribuídas desde que ela faz parte do *curriculum* das nossas Faculdades de Direito.

A história do direito é incluída no curso jurídico em 1772, aquando da reforma universitária ordenada pelo Marquês de Pombal⁽²²⁾, reforma que se integrava numa estratégia cultural e política visando a definitiva superação da ordem jurídica feudal. Na economia desta reforma — cujos objectivos principais eram a radical modernização do corpo do direito, desligando-o da tradição jurídica medieval e aproximando-o das escolas jurídicas europeias ligadas ao “iluminismo”, e uma mais íntima ligação entre o ensino do direito e as necessidades da profissão jurídica⁽²³⁾ — a história do

⁽²¹⁾ Para o interesse da história do direito como disciplina histórica, v., *infra*, 35 ss.

⁽²²⁾ O que constitui um certo pioneirismo. Só em Pavia (desde 1763) se ensinava história no curso de direito. Nas restantes universidades de Itália o seu ensino só foi iniciado mais tarde (primeira metade do século XIX); em Espanha só em 1873.

⁽²³⁾ Sobre a reforma pombalina em geral a síntese mais recente é J. FERREIRA GOMES, *A reforma pombalina da universidade (Nótula comemorativa)*, em “Revista Port. de Pedagogia”, VI (1972). Sobre a reforma dos estudos jurídicos e sua integração no contexto político-cultural da época, A. M. HESPANHA, *Recomeçar a reforma pombalina? Da reforma dos estudos jurídicos de 1772 ao ensino do direito em 1972*, em “Revista de direito e estudos sociais”, XIX (1974). Os textos fundamentais da época sobre o ensino do direito são os *Estatutos da Universidade* (1772), Livro II, e o *Compendio histórico do estado da Universidade de Coimbra...* (1771), Parte II, Cap. II.

direito ocupava um lugar central e a sua legitimidade era indiscutida⁽²⁴⁾.

Por um lado, as fontes de direito eram, elas mesmas, antigas (*Ordenações Filipinas*, 1603, com raízes imediatas nas *Afonsinas*, 1447, e *Manuelinas*, 1513-21; legislação extravagante dos séculos XVI a XVIII; direito local — nomeadamente, forais — medieval ou dos inícios da época moderna; costumes; produção jurisprudencial e forense dos séculos XVI a XVIII; e, finalmente, direito romano reelaborado a partir do séc. XIII). Por isso, a sua correcta interpretação não podia prescindir do recurso ao elemento histórico⁽²⁵⁾.

Por outro lado, o objectivo central da reforma, que era o de pôr em causa o direito tradicional, exigia que este fosse “dessacralizado”, i.é, que ficasse demonstrado que ele não constituía um conjunto por natureza racional, mas que muitas vezes radicava no erro, no preconceito, nas circunstâncias de momento. A função da história jurídica era, assim, a de relativizar e desvalorizar o direito vigente, despindo-o das roupagens veneráveis com que a tradição o vestira (identificando-o, frequentemente, com a *ratio scripta*) e mostrando as misérias da sua origem ou os anacronismos do seu uso actual. A história tinha, assim, uma função crítica (i.é, que produz a crise) do direito tradicional e militante, justificando a sua substituição por um novo direito expurgado dos vícios do passado.

Esta função militante da história do direito manteve-se durante toda a “fase heróica” da construção do “direito burguês” (por oposição a “direito feudal”). Pode dizer-se que em todas as grandes polémicas jurídicas do século XIX, o argumento histórico ocupou um lugar central: assim, na polémica sobre os forais, sobre o regime político, sobre as relações entre a Igreja e o Estado, sobre o casamento civil, etc.. Importantes estudos histórico-jurídicos surgem no âmbito destas polémicas, como armas dos contendo-

(²⁴) “Alma da jurisprudência”, assim era definida a história jurídica pelo *Compendio histórico...*, p. 226; por sua vez, os *Estatutos...* declaram que o direito natural e a história do direito são “os dois grandes subsídios que devem acompanhar perpetuamente o sólido estudo da jurisprudência romana”. Sobre a história do direito, nestas duas obras, *Compendio...*, Parte II, Cap. II, 8º (p. 226 ss.); *Estatutos...*, II, VI a IX.

(²⁵) PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE (1738-1798), autor do primeiro compêndio universitário de história do direito (*Historia juris civilis lusitani*, 1778, trad. port., “Bol. Minist. Justiça”, números 173 a 175), refere detidamente este aspecto na pequena dissertação sobre a interpretação do direito pátrio com que encerra o referido compêndio (*maxime* §§ 122, 123 e 125); v., ainda, as “introduções” de RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA (1746-1827) às *Prelecções de direito pátrio dadas no anno de 1795 a 1796*, Coimbra 1866, 9 ss.

res⁽²⁶⁾. Os próprios manuais universitários de história do direito — quer os do período absolutista, quer os do período pós-revolucionário — refletem este empenhamento da história do direito (como, em geral, da história *tout court*)⁽²⁷⁾ na construção da nova ordem jurídica-política. Os manuais de MELO FREIRE, RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA e M. A. COELHO DA ROCHA são obras que “tomam partido”: anti-curialistas, anti-feudalistas, anti-romanistas; o último, anti-absolutista. A denúncia e a corrosão do direito tradicional são, aí, traços constantes. M. A. COELHO DA ROCHA (1793-1850) escolhe, significadamente, para a portada da sua obra⁽²⁸⁾, uma frase de Lermínier onde se afirma que, estudando a história do direito, “on ne s’imagine plus que tout est d’hier, et que les lois, qui nous gouvernent, sont tombées du ciel, comme les boucliers saliens: et alors, s’il y a des changements à tenter, des réformes a poursuivre, l’histoire ayant fait son enquête, la philosophie peut prononcer”.

A instituição definitiva da ordem jurídico-política burguesa — o que, entre nós, corresponde à revogação do direito feudal pelas reformas jurídicas do liberalismo (sobretudo, de Mouzinho da Silveira, Passos Manuel e Costa Cabral) e à edição dos códigos oitocentistas, nomeadamente do Código Civil de 1867 — mudou significativamente este estado de coisas. Agora, a função do jurista deixava de ser a do binómio *destruir-construir*, mas a de *conservar-aplicar* a ordem jurídica burguesa já estabelecida.

A história do direito, até aí entendida como uma disciplina de *introdução crítica* ao direito vigente, deixa de ter sentido no curso jurídico, tanto mais que até a sua função como auxiliar da

(²⁶) Lembremos os estudos sobre forais e doações régias de Alexandre Herculano, Manuel Fernandes Tomás, Manuel de Almeida e Sousa de Lobão, J. Silva Ferrão; as notas sobre as leis fundamentais e a estrutura jurídico-política de António Ribeiro dos Santos, Melo Freire, Visconde de Santarém; os trabalhos sobre o casamento civil, de Alexandre Herculano; ou, do mesmo autor, os estudos sobre o regime municipal. Sobre as intenções actualistas da historiografia oitocentista, v. JORGE BORGES DE MACEDO, *A “História de Portugal nos séculos XVII e XVIII e seu autor”*, prefácio a LUIS A. REBELO DA SILVA, *História de Portugal nos séculos XVII e XVIII*, Lisboa 1971², 15; v., ainda, o meu estudo *O projecto institucional do tradicionalismo reformista: o projecto de constituição de Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato (1823)* apresentado ao colóquio “O liberalismo na península na 1.ª metade do séc. XIX”, Lisboa 1981.

(²⁷) Lembremos, antes de tudo, o carácter empenhado da *História de Portugal* e da *História da origem e estabelecimento da Inquisição em Portugal*, de Herculano.

(²⁸) A. M. COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio*, Coimbra 1841.

interpretação das fontes do direito deixa de ser necessária, agora que todas elas são contemporâneas.

O período de crise da história do direito no ensino jurídico começa então. Se o curso de direito se destinava a formar juristas capazes, antes de tudo, de aplicar a lei vigente — daí que o ensino do direito se orientasse, sobretudo, para uma exegese da lei —, o estudo do direito do passado (do direito não vigente) não tinha qualquer sentido. Pior ainda, o conhecimento de experiências jurídicas “alternativas” poderia fazer perigar o *mito da naturalidade* da organização política e social burguesas. E assim, em 1851, a história do direito é parcialmente substituída por uma cadeira propedêutica de carácter dogmático, a “enciclopédia jurídica”. Como a promulgação do Código Civil e definitiva revogação do direito anterior, a existência da história do direito tornou-se ainda mais anacrónica, pelo que, mantendo-se embora a cadeira (desde 1865 significativamente designada “História e princípios gerais do direito civil português”), esta foi sobrevivendo sem qualquer brilho, à sombra de manuais envelhecidos⁽²⁹⁾. Fora da Faculdade de Direito — isto é, enquanto disciplina *histórica*, e não *jurídica* —, a história do direito enriquecia-se com as contribuições de ALEXANDRE HERCULANO (*História de Portugal*, 1846-53, *Portugaliae monumenta historica*, 1856-1868) e de H. DA GAMA BARROS (*História da administração pública em Portugal dos séculos XII a XV*, 1885-1922).

O surto sociologista dos finais do século constitui um curto parêntese neste movimento de exclusão da história jurídica da medula da formação dos juristas. Fieis aos métodos sociológicos, os positivistas procuravam explicar o direito a partir das leis sociais e isso obrigava-os a recorrer à história e ao direito comparado como a forma de alargar o ‘campo de análise’. A história do direito podia, então, ter ganho um novo fulgor, se o carácter fugaz da “onda positivista”, o seu dogmatismo⁽³⁰⁾ (sobretudo, neste sector da história jurídica) e a dispersão intelectual dos historiadores do direito por ela mais tocados (nomeadamente, Teófilo Braga e Júlio de Vilhena) não o tivessem impedido.

No entanto, a partir da progressiva cientificização do pensamento sociológico e do aparecimento do marxismo, abria-se de novo para a história do direito a possibilidade de assumir um papel central na formação dos juristas, fornecendo, ao lado do

⁽²⁹⁾ Sobre o ensino universitário da história do direito e, em geral, sobre o ensino do direito entre nós, M. J. ALMEIDA COSTA, *Leis, cânones, direito (Faculdades de)*, em “Dic. hist. Portugal”, dirigido por JOEL SERRÃO e bibliografia aí citada, nomeadamente os trabalhos de M. PAULO MERÊA.

⁽³⁰⁾ Isto é, o desprezo pela investigação histórica concreta e a sua substituição por modelos construídos em abstracto: uma vez que este modelo teórico não é confrontado com os factos, ele transforma-se num ‘dogma’.

direito comparado, os materiais para uma compreensão sociológica do direito. Raros foram, no entanto — aqui e por toda a Europa —, os historiadores do direito que trilharam este caminho que, mais tarde ou mais cedo, teria que desembocar numa crítica do direito vigente e, em última análise, na contestação da ordem social e política. Ora isto teria sido dificilmente compatível com a função radicalmente conservadora que a universalidade assumiu durante os últimos cem anos.

A maior parte dos historiadores do direito trilharam outras vias. Uns deles, mantendo-se, com isso, mais próximos das preocupações dos juristas, optaram por uma história conservadora e dogmática, que visava a ‘justificação’ da ordem social e jurídica vigente, tentando provar que ela mergulhava na ‘tradição’, no ‘espírito nacional’, ou que resultava dum paulatino progresso do ‘espírito humano’; e que, assim, se opunha aos pontos da vista daqueles que explicavam o modo de ser do direito pelos conflitos e tensões da sociedade actual.

Outros, renunciando aparentemente ao exercício de uma função útil na formação dos juristas, aproximaram-se dos puros historiadores, praticando uma história erudita e passadista que tendia a refugiar-se nas épocas históricas mais remotas e nos problemas mais caracterizadamente académicos. Só o estilo erudito e elitista dos estudos universitários do direito permitiu que este tipo de história — por vezes praticado com grande brilho (como, entre nós, sucedeu com um historiador como M. Paulo Merêa) — mantivesse o seu lugar na formação dos *juristas* (tinha-o, sim, na formação dos *historiadores*).

Foi assim — balanceando-se entre o pendor dogmático e o pendor erudito, repousando em posições metodológicas ecléticas e, mais frequentemente, desconhecendo ingenuamente o problema metodológico — que a história jurídica, aqui e no resto da Europa, manteve até aos nossos dias, um lugar no curso de direito, lugar instável e sempre contestado, sobre cuja natureza importa reflectir⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ Sobre a evolução da historiografia do direito nas universalidades alemãs, com posições próximas das aqui expostas, Th. BLANKE e outros, *Kritik der bürgerlichen Rechtsgeschichte*, em “*Kristische Justiz*” (1973) 109 ss. Outra bibliografia alemã, italiana, francesa e espanhola é citada na meu ensaio *O materialismo histórico na história do direito*, cit. (cf. ainda *supra*, n. 7); sobre a evolução da historiografia jurídica em Portugal v., por último, N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, Lisboa 1971, 35 ss.; e o meu trabalho *L'histoire et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)*, “*Quaderni fiorentini...*”, 9(1981) e, SCHOLZ, *Estado actual...*; cit. (n. 7).

2.2. O interesse actual da história das instituições na formação dos juristas.

A avaliação da legitimidade da história do direito no seio de um curso destinado à formação de *profissionais* (a vários níveis) *do direito* tem que ser feita a partir do seu interesse para a consecução deste objectivo; e não, por exemplo, do seu interesse cultural geral ou do seu interesse para os historiadores⁽³²⁾. A pergunta que se põe é, portanto, a seguinte: que serviços pode a história do direito prestar a um jurista?

Primeiro momento da resposta: não — ou cada vez menos — o de auxiliar na interpretação das normas jurídicas vigentes, já que estas são, na sua máxima parte, contemporâneas⁽³³⁾.

Segundo momento: possivelmente — há, pelo menos quem o creia — a história do direito poderá contribuir para a formação e apuramento da sensibilidade jurídica, já que nos coloca perante experiências jurídicas plurifacetadas, perante muitos anos de afloramento dos ideais de justiça e perante muitas modalidades de realização desses ideais pelas normas jurídicas. A história do direito seria, então, a disciplina que nos poderia pôr em contacto com todo um mundo de valores humanos e com a sua progressiva concretização e desenvolvimento através da história; valores que ainda hoje teriam que presidir à solução justa dos conflitos e de que, portanto, o jurista deveria estar consciente.

Nesta perspectiva, a história seria sobretudo uma 'ilustração' (ou um substituto envergonhado...) das disciplinas a quem directamente cabe expôr o tal modo axiológico ou conceitual do direito (filosofia do direito, direito natural, teoria do direito, dogmática jurídica). E é por isso que esta posição pressupõe que se aceite que, por detrás das concretas manifestações do direito, exista uma ordem axiológica (um sistema de valores) mais ou menos permanente, o que naturalmente levanta problemas para quem não aceite uma concepção idealista do direito.

Terceiro momento: a história do direito explica ao jurista — apoiando as outras ciências sociais e socorrendo-se

⁽³²⁾ Neste sentido, F. WIEACKER, *História...*, cit. 3, n. 5.

⁽³³⁾ Esta orientação encontra-se hoje ultrapassada, quer do ponto de vista da teoria da interpretação, quer do ponto de vista da teoria da história do direito. Cf. F. WIEACKER, *História...*, cit. 37. Retomando-a ainda, no entanto, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, Lisboa 1978, 92 ss.

delas — o que é, funciona sociologicamente, como evolui, o direito. Mostra-lhe não só a grandeza e continuidade das soluções jurídicas, como também a sua miséria e precariedade. De certo modo, tira o direito daquele "centro do mundo" em que a formação dos juristas tende a colocá-lo e patenteia, por um lado, a insuficiência do direito para a total regulamentação da vida social e, por outro, o modo como ele é determinado pelas circunstâncias externas a si mesmo. Nesta perspectiva, a história assume-se como uma *disciplina crítica* do direito vigente, como um correctivo do "positivismo" e do "dogmatismo" jurídicos. Mas um correctivo científico, e não ideológico: isto é, não opõe a estas concepções outras concepções de carácter oposto, mas tenta, através de análise do funcionamento concreto do direito na história, desmontar as bases ideológicas de que aquelas concepções partem⁽³⁴⁾.

2.3 O interesse da história do direito para os cultores da história social.

Também o interesse da história do direito para os historiadores da sociedade é, por vezes, posta em dúvida. Parte das culpas são de assacar aos próprios historiadores do direito que, cultivando uma história formalista e separada da história do social, constituírem um discurso sem grandes pontes com os interesses dos seus colegas de outros domínios. Para além disto, muitos historiadores generalistas desconfiam do carácter efectivo da regulamentação jurídica. Enquanto que outros, influenciados por uma concepção um tanto primária da metodologia materialista no domínio da história, recusam a história jurídica como uma história de subtilidades ideológicas sem sentido real.

⁽³⁴⁾ O que se diz no texto, tanto como a crítica implícita à concepção exposta no 'segundo momento', traduz uma opção científica evidentemente discutível e discutida, que radica, em derradeira análise em questões últimas acerca da compreensão do homem e da sociedade. Em *O direito e a história*, "Rev. do direito e estudos sociais", 17(1971) dei à questão um tratamento ligeiramente diferente. Os últimos manuais portugueses de história do direito não abordam expressamente este tema. V., em todo o caso, N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, cit., 17-19. Num sentido próximo do aqui proposto v., quanto ao interesse actual da história jurídica na formação do juristas, I. MELZER, *Zur Erforschung der Staats- und Rechtsgeschichte durch Studenten*, em *Marxistische Beiträge zur Rechtsgeschichte*, Berlin, 1968, 200.

Depois do que ficou dito sobre a autonomia do direito (e, logo, da sua história) não parece necessário insistir mais no tópico da legitimidade e indispensabilidade da consideração do nível jurídico da actividade humana para a compreensão global da sociedade. Mas importaria insistir em dois aspectos suplementares.

O primeiro é de que o conhecimento do aspecto técnico das instituições é, frequentemente, indispensável para o estudo dos fenómenos sociais. Todo o problema da abolição do regime feudal, por exemplo, pressupõe um conhecimento rigoroso da disciplina jurídica da terra no antigo regime (o que eram rigorosamente, forais, foros, censos, enfiteuse, domínio directo, domínio útil, bens da coroa, etc.). Assim como a exploração de certos corpos arquivísticos importa o conhecimento detalhado da competência e processo burocrático dos órgãos ou instituições donde provieram esses corpos. Faltando isto, como frequente falta, os resultados são desastrosos.

O segundo aspecto é o seguinte. Na falta de uma história empírica ou indutiva, feita na base da observação de grandes massas de casos, o estudo da regulamentação jurídica da questão (sempre que ela se preste a isso) fornece, em geral, uma informação mais generalizável do que a que se pode obter com o estudo dum caso isolado ou de um número pequeno de casos. Pois, apesar da distância entre o direito e a vida, as normas jurídicas (se entendidas não como apenas as leis, mas também como as normas estabelecidas pela doutrina, na base da observação das práticas judiciais — como era o caso, na nossa doutrina da época moderna) podem fornecer uma descrição razoavelmente fiel e de âmbito global.

3. Periodização da história das instituições em Portugal.

É usual entre os historiadores dividir-se o processo histórico em *épocas* ou *períodos*. Isto tem, desde logo, vantagens didácticas ou expositivas, pois permite que a história não seja contada de um só fôlego; permite a introdução de pausas nas quais se faça a ligação “horizontal” entre as várias séries cronológicas de acontecimentos.

3.1. Pressupostos metodológicos.

No entanto, a periodização não corresponde apenas a um processo literário ou didáctico. Ela corresponde, sobretudo, a uma necessidade interna de uma historiografia que queira respeitar a estrutura do real. Como já antes se disse (cfr., *supra*, 22) é preocupação da historiografia contemporânea descer do fluxo contínuo dos incontáveis acontecimentos históricos isolados às estruturas básicas da vida social que condicionam e explicam os actos humanos concretos. Tais estruturas são relativamente estáveis, mantendo-se, frequentemente, ao longo de vários séculos. O movimento que as anima é, na expressão de F. BRAUDEL, “de longa duração”. Assim, o sentido da periodização modifica-se; longe de representar uma divisão arbitrária, imposta *de fora* ao devir histórico, ela representa a adesão à íntima realidade do processo histórico que, ele próprio, subordina o modo de ser dos factos isolados à natureza das estruturas sociais subjacentes⁽³⁵⁾.

Ao nível da totalidade social, o fenómeno de longa duração que dá unidade a uma época e a partir do qual todas as manifestações históricas dessa época podem ser directa ou indirectamente explicadas é a ‘estrutura’ ou ‘formação’ social de base, que arranca dos dados demográficos, dos níveis tecnológicos, dos modelos das relações sociais no âmbito da actividade económica. Já ao nível das histórias ‘regionais’ (cf. *supra*, 25 s.), embora a formação social se imponha como fenómeno duradouro, *eminente* (ou *determinante em última*

(35) Sobre os fenómenos de “longa duração”, F. BRAUDEL, *A longa duração*, em *História e ciências sociais*, trad. port., cit. 7-70; V. MAGALHÃES GODINHO, *Complexo histórico-geográfico*, em “Dic. hist. Port.”, dirigido por JOEL SERRÃO. No pensamento marxista, o conceito de “fenómeno de longa duração” é substituído pelo conceito de “modo de produção”, conceitos de que, portanto, arranca a periodização da história. Sobre estes conceitos e sobre o sentido da periodização histórica, v., como contribuição mais recente, E. BALIBAR, *Sur les concepts fondamentaux du matérialisme histoire*, em *Lire le Capital*. II, Paris 1970, ss.; *Sobre a dialéctica histórica (algumas notas críticas a propósito de “Lire le Capital”)* em *Cinco estudos do materialismo histórico*, trad. port., Lisboa 1975, 163 ss.; E. SERENI e outros, *Modo de produção e formação económico-social*, trad. port. (de má qualidade), Lisboa 1974; como obra de vulgarização (bem-feita), M. HARNECKER, *Os conceitos elementares do materialismo histórico*, Lisboa 1975, 1.ª parte, cap. 8.

instância), existem ritmos históricos específicos, marcados pela influência ('sobredeterminação') de *estruturas subjacentes regionais*.

Na história literária, por exemplo, as 'épocas' são marcadas pela continuidade de uma estrutura literária (estilo literário, estrutura narrativa, domínio temático, etc.) comum, estrutura que, por sua vez, mergulha as raízes na função social da literatura e no modo como está socialmente organizada a produção literária; uma e outras coisas dependentes, em última análise, das formas básicas das relações sociais (nomeadamente, da divisão social do trabalho, da separação entre o trabalho intelectual e o trabalho manual, etc.).

Na história das relações internacionais, os períodos são marcados por continuidade de alianças e de oposições de blocos que radicam, não só nos dados duradouros de tecnologia bélica e nas concepções estratégicas daí decorrentes, mas sobretudo nas relações de complementaridade e concorrência entre as regiões económicas, relações que F. BRAUDEL procurou teorizar a partir do conceito de "complexo histórico-geográfico".

No domínio desta 'história regional' que é a história do direito, a periodização há-de procurar traduzir as realidades duradouras que se encontram subjacentes — tecendo continuidades e estabelecendo rupturas — à miríade de actos jurídicos em que se desdobra a prática jurídica do dia a dia.

Embora a cada nível da actividade jurídica (actividade judicial, actividade legislativa, actividade científico-dogmática) se possa encontrar um ritmo histórico com as suas rupturas específicas, a periodização da actividade jurídica em geral há-de relacionar-se com as *formas globais de intervenção do direito na vida social* e com as *formas típicas de organização da actividade jurídica no seu conjunto*.

Explicando um pouco melhor. A função social do direito é, já o dissemos, manter a coesão social. Esta coesão social é, no entanto, também forjada a outros níveis da prática humana: exige-a a interdependência económica entre os homens, promovem-nas as várias formas de actividade cultural ou ideológica (etiqueta, moral, religião), garante-a, finalmente, o poder político através do uso da força, competindo ao direito, no meio de tudo isto, regulamentar (legitimar) o uso da força pelo poder político, distinguir a coerção "injusta" da coerção "justa". No entanto, *nem sempre a distribuição dos papéis entre todos estes factores de coesão social obedece ao mesmo padrão*. Em

certas épocas é possível realizar essa coesão através de normas jurídicas⁽³⁶⁾, noutras são os mecanismos exclusivamente económicos que se substituem aos mecanismos jurídicos e políticos⁽³⁷⁾, noutras, ainda, a religião abandona à moral a tutela de certos deveres sociais⁽³⁸⁾, noutras, finalmente certas situações tradicionalmente reguladas pelo direito obtêm soluções políticas⁽³⁹⁾. É isto que se quer significar quando se diz que *forma de intervenção do direito na vida social varia* ou quando se fala em *variações da função específica do direito*.

Por outro lado, o direito — já o dissemos — não consiste fundamentalmente num mundo abstracto de normas e valores; consiste, antes de mais, num conjunto de instituições, caracterizadas por uma certa organização e por uma implantação social concreta, dedicadas a formular e a tornar efectivos

⁽³⁶⁾ Nos nossos dias, por exemplo, o direito deixou já de regular, definindo-a como esfera por natureza in-jurisdicionalizável, uma grande parte das relações intra-familiares; também os domínios das crenças religiosas ou das opções ideológicas, durante muito tempo regulados pelo direito, são hoje domínios a-jurídicos (princípios da "liberdade religiosa" e da liberdade de pensamento). O que não quer dizer que, nestes domínios, a sociedade não exerça outras formas de constrangimento, agora através da escola, dos *mass media*, das actividades culturais e das crenças religiosas.

⁽³⁷⁾ Assim, a apropriação do sobre-produto do trabalho (depois de satisfeitas as necessidades vitais dos trabalhadores) pelas classes inactivas terá sido efectuado durante um longo período de história (nomeadamente, durante o feudalismo) por processos jurídico-políticos; com a organização capitalista da sociedade, essa apropriação passará a realizar-se por processos exclusivamente económicos, permitindo ao estado e ao direito abster-se de intervir nas relações económicas ("liberalismo").

⁽³⁸⁾ A maior parte dos nossos actuais deveres morais e mesmo as regras de cortesia foram, outrora, regulados pela religião. Hoje perderam, para a maior parte das pessoas, um significado religioso, mas conservam um sentido ético ou de cortesia.

⁽³⁹⁾ É o que acontece, nomeadamente, nos períodos revolucionários em que, enquanto não se estabelece uma nova ordem jurídica adaptada às novas relações sociais, a regulamentação jurídica cede o passo à pura imposição política. Fala-se, nestes casos, de "legalidade revolucionária". Sobre este último conceito — que, ao contrário do que muita gente pensa, surge entre nós em pleno séc. XIX, lançado por homens como Passos Manuel, Almeida Garrett e José Estevão — v., em sentidos opostos, VITAL MOREIRA, *Estado-de-direito e legalidade revolucionária*, em "Vértice" 34 (1974) 734-7; e A. CASTANHEIRA NEVES, *A revolução e o direito. A situação e o sentido do direito no actual processo revolucionário*, em "Revista da Ordem dos Advogados", 1975-6.

(vigentes) os comandos jurídicos. Este conjunto de instituições que produz o direito (este “aparelho jurídico”) conheceu, ao longo da história, diversas formas de organização e relacionou-se de formas também muito diversas com as restantes instituições sociais. Como a sua organização concreta e as modalidades da sua implantação social influem — cf., *supra*, 26 s. — no conteúdo do direito, as *formas típicas de organização da actividade jurídica* não podem deixar de influir na periodização da história do direito.

Se quisermos respeitar a autonomia da história jurídica é destes critérios *internos* de periodização que devemos partir; *internos*, porque dizem respeito à evolução do próprio direito no que esta tem de específico e não à evolução de outros níveis de actividade social (actividade económica, política, cultural) de que o direito não é, decerto, totalmente independente, mas em relação aos quais mantém uma razoável autonomia⁽⁴⁰⁾.

3.2. Periodização adoptada.

Resta agora ver quais os resultados da aplicação deste critério à história jurídica portuguesa, objecto do presente curso.

Antes, porém, duas observações prévias.

A primeira é a de que a periodização é uma tarefa ‘de chegada’ e não um ponto de partida. Isto, porque a identificação das continuidades e das rupturas só pode ser feita a partir dos próprios factos que a investigação histórica nos fôr revelando. Daí que — e, principalmente entre nós, onde o atraso dos estudos de história jurídica é muito grande — a periodização constitua um esquema provisório, baseado nos traços gerais sugeridos por estudos anteriores. Isto obriga a certas cautelas, a mais imediata das quais é a de colher o máximo dos critérios já experimentados que, dum modo geral, traduziriam a sensibilidade (ainda que nem

⁽⁴⁰⁾ No mesmo sentido de que a periodização da história jurídica deve socorrer-se de critérios internos, L. CABRAL DE MONCADA, *O problema metodológico da ciência da história do direito português*, em *Estudos de história do direito*, Coimbra, 1949, 1789-216; G. BRAGA DA CRUZ, *História do direito português*, Coimbra 1955, 39 ss.; N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, cit. 28 ss. Embora o entendimento do que seja o “interior” do direito seja diferente nestes autores.

sempre informada por uma abordagem do processo histórico idêntica à aqui subjacente) dos historiadores do direito acerca da nossa história jurídica. Um pouco por isso, vamos manter basicamente, para a fase anterior à nacionalidade, o critério étnico tradicional, sobretudo porque ele, sendo muito evidente, acaba por coincidir, no fundamental da sua aplicação, com o que resultaria do critério antes proposto.

A segunda observação é a seguinte. A realidade jurídica não é, como já vimos, homogênea, embora toda ela esteja orientada para o desempenho de uma função social. Daí que os seus vários sectores institucionais possam evoluir segundo perfis diferentes, marcados por ritmos históricos diferentes; possam ser, isto é, susceptíveis de periodizações históricas não homológicas. Como o curso incidirá, sobretudo, nas instituições político-administrativas, a periodização apresentada será nomeadamente atraída pelo ritmo de evolução deste sector do direito. Por isso, a outra parte do curso dedicada à evolução das fontes de direito e da prática jurídica — matéria, de resto, pouco investigada e de periodização portanto ainda muito incerta — terá que se lhe adaptar, apesar das eventuais divergências de perfil evolutivo.

Tomando como critério a *caracterização da sua função social* (i. é, do seu modo de intervenção social) e da *organização que adoptaram para o desempenho dessa função*, é possível distinguir os seguintes períodos na história das instituições em Portugal:

1. *Período primitivo* (das origens ao séc. I a.C.), englobando, em geral, as instituições jurídicas dos povos peninsulares pré-romanos;

2. *Período romano* (séc. I a.C. a V d.C.); período de predominância das instituições jurídicas romanas, das quais se poderão aproximar, na sua estrutura básica, as de alguns dos povos peninsulares da época anterior tardia; corresponde, em termos de história comparada das instituições sociais e jurídicas, ao “Estado antigo ou escravagista” — nítida separação da esfera de acção do Estado (regulada pelo direito público) em relação à esfera de acção dos particulares (regulada pelo direito privado); carácter “pessoal” do Estado (Estado “de cidadãos”, “Estado-cidade”, por oposição a “Estado territorial”); igualdade jurídica dos cidadãos (inexistência de “ordens” jurídicas, embora existissem “classes” sociais); existência de escravidão.

3. *Período feudal* (séc. III ao segundo terço do séc. XIX), abrangendo todo o arco histórico em que as relações jurídico-políticas são dominadas pelo sistema político feudal, i.é, por um particular modo de organização do poder político cujos traços distintivos são: (i) a personalização e patrimonialização dos vínculos políticos (os vínculos de dominação política confundem-se com vínculos de fidelidade pessoal, os poderes políticos são coisificados e equiparados a poderes patrimoniais na titularidade dos seus detentores, com a consequente dissolução do monopólio “estadual” do poder político); (ii) a desigualdade dos estatutos jurídico-políticos dos indivíduos, com a consequente pulverização da ordem jurídica em função das pessoas, dos lugares e das coisas (o direito não é caracterizado, como hoje, pela generalidade, mas pela sua individualização); (iii) a intervenção do direito — e aqui reside a característica central de todo o sistema de poder — na distribuição do produto social, sendo os mecanismos *jurídico-políticos* do direito (os costumes, os estatutos das terras, as leis, os orçamentos da coroa) — e não os mecanismos *económicos* do mercado, como hoje acontece — que vão determinar como e a quem vai ser distribuída a produção social, nomeadamente, que parte dela caberá ao produtor e que outra parte será atribuída ao não produtor.

Esta longa fase da evolução, embora subordinada a uma mesma matriz política fundamental não é, evidentemente, homogênea. Assim, podem distinguir-se nela vários sub-períodos:

a) *Sistema feudal inicial* (séc. III à segunda metade do séc. XIV), integrando o período de formação da estrutura jurídico-política feudal e a sua primeira fase de desenvolvimento, em que a relação *senhor-vassalo* constitui a célula básica de toda a organização jurídico-política: a relação geral e abstracta *Estado-súbdito*, típica do mundo antigo, cede, como veremos, o passo à relação especial e pessoal entre o senhor e os seus vassalos; o direito geral é substituído pelos costumes locais, pelos forais, pelas normas jurídicas especiais (*privilégios*); a autoridade (que hoje consideramos um poder de carácter público) confunde-se com a propriedade (que hoje consideramos como um poder de natureza privada) — quem é dono, é senhor e quem é senhor, é dono; o poder central é esvaziado das suas atribuições, que são apropriadas pelos (ou cedidas aos) senhores territoriais (*domini terrae*); os únicos sujeitos da relação política (i.é., os únicos

titulares de direitos e deveres no plano jurídico-político) são os membros das classes feudais, estando o resto da população politicamente representado através dos seus senhores (*meliores terrae, sanior pars*), nos mesmos termos em que os incapazes estão representados pelos seus tutores. Entre nós, esta fase (que, aqui como em toda a parte, apenas aparece como um “tipo ideal”, sem uma total correspondência empírica) dura até meados do séc. XIV.

b) “Sistema corporativo” (*Ständeswesen* ou *Ständestaat*) (da segunda metade do séc. XVIII), abrangendo o período em que o poder político se reparte, não já apenas entre senhores feudais, mas entre “ordens”, “corpos” ou “estados” (“états”, “estates”, “ceti”, “estamentos”, “Stände”), i.é, grupos sociais infra-estaduais dotados de poderes de auto-regulamentação e autorizados a participarem no governo em geral. Ao lado dos senhores feudais, aparecem na cena político-jurídica grupos de indivíduos (cidades, corporações, universidades, assembleias de “ordens”) que, para além de disporem de uma capacidade de auto-regulamentação interna (*iurisdictio*), representam (não nos termos, da representação mandatária, mas nos termos da já referida representação tutorial) junto do soberano, o conjunto dos seus membros negociando com este as matérias de interesse comum (em obediência ao princípio *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*). A estrutura do poder político ganha, assim, uma feição “dualista” (O. GIERKE) ou “pactada”, pois se baseia neste confronto e negociação permanente entre o *rei* e o *reino*, organizado em “ordens”.

Deve notar-se, no entanto, que a estrutura que acaba de ser descrita constitui apenas uma forma “típica”; pois a realidade de cada país afasta-se dela em maior ou menor grau. Assim, o “dualismo” antes referido desequilibra-se — sobretudo em países como o nosso — pronunciadamente para o lado da coroa que, nesta época, começa precisamente a assumir uma série de poderes antes dispersos pelos senhores (e, também, pelos corpos infra-perifericamente. Com isto, surgem características novas ao nível do aparelho administrativo central, que deixa de ser constituído apenas por altos magnates, sobretudo eclesiásticos, e passa a ser integrado por “oficiais” especializados (“letrados”), nomeados pelo rei, embora dotados de grande autonomia funcional, pois, por um lado, os seus cargos eram tidos como bens patrimoniais

(entre nós, isto vale apenas com restrições) e, por outro, a cada cargo correspondia uma ampla autonomia decisória (“jurisdição”) atribuída por lei ou pelo instrumento de nomeação (“regimento”).

No plano sociológico, este tipo de constituição política centralizante e burocratizante parece visar responder às dificuldades da cobrança periférica da renda feudal: o poder central vai agora encarregar-se dessa cobrança através dos impostos e vai proceder à sua redistribuição pelas classes feudais através de tenças, de doações de bens e de cargos, de padrões de juro, etc. Entre nós, a estrutura das relações políticas no período que medeia entre os fins do séc. XIV e os meados do séc. XVIII aproxima-se em alguns aspectos do “tipo ideal” descrito, embora, em muitos outros, haja importantes dissonâncias. De qualquer modo, este tipo de sistema político-jurídico — que constituiu a matriz dominante das relações políticas em toda a Europa durante a época moderna — é o que permite destacar melhor os traços mais característicos da nossa constituição quatrocentista, quinhentista e seiscentista.

c) “*Estado absoluto*” (meados do séc. XVIII — 1.º terço do séc. XIX), abrangendo o período em que o poder do soberano se liberta definitivamente dos limites postos pelas “jurisdições” dos corpos infra-estaduais e dos próprios funcionários ou, dizendo doutro modo, dos privilégios, liberdades e franquias das antigas ordens. O poder do monarca é considerado como “puro” ou absoluto, tanto na ordem interna, como na ordem externa; como limitação, apenas o carácter genérico da lei que, sendo criada pelo soberano e podendo ser por ele livremente revogada, o deve ser, no entanto, em termos gerais e abstractos (e não através de dispensas casuísticas). Estamos perante um “Estado legal” (*Gesetzstaat*), o que tem profundos reflexos na política do direito e na teoria das suas fontes. Esta expropriação do poder político dos corpos não estaduais consoma a separação entre o “público” e o “privado”, entre a sociedade civil e o Estado, entidade esta última que agora irrompe vigorosamente na teoria política, com as características que hoje lhe são atribuídas, como titular de direitos públicos, defensor e representante único da comunidade. É este Estado que agora assume todas as tarefas de ordenação social (de “polícia”) antes prosseguidos pelas cidades, pelas corporações, pelos senhores; a acção do Estado passa a visar o

bem-estar social e económico, não tanto — é certo — como um fim em si, mas como condição de paz política e da própria grandeza do Estado. É a partir daqui que este se deixa definir como “Estado de polícia” (*Polizeistaat*) ou “Estado-providência” (*Wohlfahrtsstaat*). A assunção destas funções de ordenação social (a “boa polícia”, a “estadística”, reguladas pelo “direito público”) exige a montagem duma importante máquina administrativa, cuja racionalização e docilidade são as condições da sua eficácia; integrando esta máquina, um novo tipo de agente — o “funcionário” (i.é, o agente detentor duma “função”, e não dum “ofício”) ou o “comissário” (i.é, aquele que apenas detem poderes delegados e não uma “jurisdição” própria); o agente estadual não é mais, nem um membro da alta nobreza ou do alto clero (como no feudalismo típico), nem um proprietário (vitalício, patrimonial) de um cargo (como no *Ständesstaat*).

No plano sociológico, o absolutismo representa, antes de tudo, o resultado de uma política que visava responder às dificuldades crescentes de preservação do Estado, a braços, por um lado, com a assunção de crescentes tarefas sociais (antes prosseguidas perifericamente) e, por outro, com uma carência de meios para as realizar. É isto que explica, desde logo, a tendência para a racionalização do aparelho de Estado, para a centralização e domesticação de toda a máquina política e para a promoção da riqueza nacional, base da tributação e, portanto, do desafogo económico do Estado. Condição de êxito desta política foi o facto de ela ter podido compatibilizar a preservação dos interesses das classes feudais (manutenção da constituição fundiária feudal, defesa dos interesses económicos da grande nobreza) com a garantia de alguns interesses da burguesia comercial e industrial (como o fizeram certas medidas de ordenação da economia, v.g., a protecção às indústrias nascentes através de monopólios e barreiras pautais, o lançamento de operações de crédito público, etc.).

A questão da inserção do sistema institucional e político da última fase do antigo regime (i.é., a fase chamada do “despotismo esclarecido”) no período feudal ou burguês-capitalista não tem sido muito discutida. A questão tem sido posta, nomeadamente, nestes termos: o sistema de poder da época moderna veicula ainda o domínio das classes feudais ou traduz já a preponderância social dos estratos burgueses?

A historiografia oitocentista — que queria destacar o carácter de ruptura das transformações institucionais dos fins do século

anterior — considerava o final antigo regime como um período ainda feudal. Marx, em contrapartida, chama a atenção (no Liv. I, c. 18 do *Capital*) para o papel do Estado seiscentista e setecentista (inglês) na dissolução das relações feudais de produção e na construção dos elementos sobre os quais se instituíram as relações capitalistas de produção. Max Weber, por sua vez, também sublinhou as relações entre a ideologia política do fim da época moderna (legalismo, nivelção social) e a ideologia burguesa.

Sem fazer aqui um balanço completo da questão (o qual pode ser encontrado no meu artigo, *O Estado absoluto...*, cit., 8 ss.), pode dizer-se que a classificação do sistema político e institucional setecentista como uma última fase do período feudal — como aqui se faz —, ou como uma primeira fase do Estado capitalista (como faz, v.g., N. POULANTZAS, *Pouvoir politique et classes sociales*, Paris 1969, I), decorre se valorizarem mais ou os elementos *funcionais* ou os elementos *formais* do sistema político. Se se der um maior relevo à *função* do sistema político no processo de apropriação e distribuição do sobre-produto social, o sistema político iluminista pertencerá ainda ao período feudal. Se, pelo contrário, se valorizarem, antes de mais, os elementos ideológicos ou os traços formais do sistema de poder (igualitarismo, generalidade, centralização, abstracção, legalismo), o sistema político iluminista aproxima-se muito do sistema pós-revolucionário do poder (v., para uma discussão mais detida da questão, o meu citado artigo, bem como o meu prefácio à colectânea de textos sobre o sistema político moderno em vias de publicação pela Fundação Calouste Gulbenkian).

No plano deste curso, prefere-se o primeiro ponto de vista (embora sem imprimir à opção um carácter absolutamente definitivo). No entanto, havendo vantagens de ordem didáctica em aproximar a exposição desta matéria da do sistema político contemporâneo, o Estado iluminista não será objecto de tratamento *ex professo*.

4. *Período do Estado liberal* (2.º terço do séc. XIX ao 2.º terço do séc. XX), correspondendo à vigência das formas típicas do liberalismo, ocorrentes no plano do direito e do Estado após a revolução burguesa.

A burguesia que tomou a direcção do processo político após as revoluções constitucionais europeias (e também em Portugal) não estava, ainda antes da revolução, excluída do poder. Ela participava no bloco no poder do Estado absoluto, embora numa posição subordinada. Isto explica o carácter limitado e sectorial das modificações políticas engendradas pela revolução, as continuidades e as rupturas do Estado pós-revolucionário. Como pontos mais importantes de continuidade, encontramos: (i) a

tendência para o monopólio de todo o poder político pelo Estado e a defesa da unidade do poder de Estado — consagrada nas ideias de “indivisibilidade” e “unidade” da soberania, dirigidas quer contra a antiga pulverização corporativa do poder, quer conta inflexões “basistas” da teoria revolucionária (democracia directa, federalismo, organicismo); (ii) a ideia de separação entre o Estado e a sociedade civil, não apenas no sentido anterior de que todo o poder político deve caber ao Estado e de que a sociedade civil constitui apenas um “objecto” do poder, mas ainda no de que o Estado se deve abster quanto possível de interferir no curso “natural” da vida civil, fornecendo apenas uma moldura legal externa que garanta o livre funcionamento dos mecanismos espontâneos de equilíbrio social e económico (“Estado-guarda-nocturno”); (iii) o ideal de limitação da actividade do Estado por normas gerais e abstractas (“Estado legal” ou, se enriquecermos esta ideia com a da garantia dos direitos individuais, “Estado de direito”), sobretudo no domínio, não já apenas do direito criminal (como acontecia fundamentalmente no período absolutista), mas também do direito administrativo (“princípio da legalidade”), do direito fiscal e do direito constitucional (“igualdade dos cidadãos perante a lei”), havendo como novidade que a lei, agora, é a lei parlamentar, tida como expressão da “vontade geral”. Por fim, (iv) a ideia de igualdade perante a lei que, combinada com a de monopólio estadual do poder, acaba por desarticular toda a armadura jurídica e política da exploração feudal. Ao lado destes pontos de continuidade (também relativa) existem, no entanto, pontos de ruptura e novidade. Por um lado, (i) a ideia de limitação do poder por normas positivas de hierarquia suprema, as normas constitucionais; por outro, (ii) a ideia de que os direitos do indivíduo (definido como entidade abstracta) — direito à vida, à liberdade de pensamento, direito à liberdade pessoal, garantia da propriedade e da liberdade de empresa — constituem limites para o Estado (o que, representa, até certo ponto, um retorno à ideia de limitação do poder do “Estado de ordens”); por fim, (iii) a ideia de que o poder político se justifica e legitima por ser “representativo”, i.é., por ser exercido por representantes (no sentido novo de “mandatários”) do detentor originário da soberania — o povo ou a nação —, embora as formas concretas de institucionalização do regime representativo não tenham assegurado a participação no poder político senão a uma ínfima

camada de cidadãos (dado o carácter restritivo e censitário do sufrágio e dados os impedimentos postos pela desigualdade real — no plano económico e cultural — dos cidadãos à sua participação na actividade política).

Do ponto de vista sociológico, o Estado liberal assegura o poder aos estratos superiores e médios (variando de país para país) da burguesia, os únicos a terem acesso aos parlamentos, forjas da lei, e, portanto, centros de todo o poder de Estado. Por outro lado, o princípio liberal — ao mesmo tempo que desmantela o aparelho jurídico da exploração feudal — assegura uma plena liberdade de funcionamento dos mecanismos capitalistas de dominação económica, social e cultural, pois o Estado interdita-se a si mesmo de corrigir a desigualdade real das pessoas ou de compensar a situação de inferioridade social — e, logo, política — em que algumas se encontram. Este *formalismo* da constituição política burguesa manifesta-se, concretamente, no modo como se institucionaliza o sistema de representação política dos cidadãos: descontando mesmo os profundos entorses ao princípio da universalidade da representação (“sufrágio universal”) — constituídos, nomeadamente, pelo sufrágio censitário —, o Estado liberal organiza os sistemas eleitorais na base de uma ficção — a de que o eleitor é um cidadão esclarecido e livre de qualquer tipo de constrangimento; ora o partir-se desta ficção impede que se tomem quaisquer medidas institucionais destinadas a garantir a liberdade material de voto. Por fim, a reacção contra os corpos infra-estaduais (“individualismo”) permite a tomada de medidas repressivas da organização das classes trabalhadoras (v.g., a proibição de constituição de sindicatos até aos fins do séc. XIX), enquanto que a defesa da liberdade e da propriedade constituem obstáculos ideológicos e jurídicos à satisfação das reivindicações operárias e socialistas mais importantes — estabelecimento de salário mínimo, de horário máximo de trabalho, leis de protecção contra despedimento, leis *anti-trust*, reformas agrárias, estabelecimento de uma política social de habitação, etc.⁽⁴¹⁾.

⁽⁴¹⁾ Sobre o Estado liberal e o Estado social, temas que não serão abordados expressamente neste curso, v., da literatura portuguesa, VITAL MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, Coimbra 1973; JOAQUIM GOMES

5. *Período do Estado social* (a partir do segundo terço deste século), abrangendo o período subsequente à crise do Estado liberal posterior à primeira guerra mundial. A eclosão da “questão social” nos fins do séc. XIX e a necessidade de intervenção do Estado na vida económica durante o período da guerra tornam patente que a aposta do Estado liberal no automatismo dos mecanismos sociais e económicos estava perdida e que estes mecanismos não asseguravam nem um crescimento continuado da economia, nem a harmonia social. A intervenção do Estado na economia (para realizar o pleno emprego e para incentivar e garantir condições favoráveis ao crescimento económico, protegendo indústrias nascentes, controlando a balança de pagamentos e o mercado cambial, garantindo o aprovisionamento de matérias primas, etc.) é o modo encontrado para superar a crise económica; a intervenção do Estado no plano social (por um lado satisfazendo, através da lei, as reivindicações básicas das classes trabalhadoras, por outro apresentando-se como promotor activo da “concertação” entre os “parceiros sociais” e do progresso social) é o modo de impedir a eclosão de conflitos capazes de pôr em causa a integração social. Esta nova matriz da intervenção social do Estado vem originar traços novos na constituição jurídico-política: por um lado, um novo reconhecimento das funções sócio-políticas dos corpos infra-estaduais (sindicatos, empresas, associações económicas, regiões, etc.), com a atribuição a estes corpos de poderes de natureza pública e com a consequente perda de nitidez da distinção entre direito privado e direito público; por outro lado, a lei estadual deixa cada vez mais de constituir uma moldura neutral das actividades dos particulares, para se transformar numa directiva ou num programa para os próprios entes

CANOTILHO, *Direito constitucional*, Coimbra 1980-1² e bibliografia aí citada; sobre o direito em cada uma destas formas de Estado, F. WIEACKER, *História...*, cit. Sexta Parte. Da bibliografia estrangeira (muito vasta), destacam-se MAURICE DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, I, Paris 1973; REINHARD KÜHN, *Formen bürgerlicher Herrschaft. Liberalismus — Faschismus*. Hamburg 1971; arts. “Sozialstaat” e “Liberalismus”, em *Handlexikon zur Politikwissenschaft*, dir. por AXEL GORLITZ. München 1973 (c bibl. aí citada); G. POGGI, *The development of the modern state. A sociological introduction*, London 1978; JOHN HOLLOWAY e SOL PICCIOTO, *State and capital. A marxist debate*, London 1979.

públicos; esta tónica na actividade programática e executiva do Estado — e não apenas na sua função de regulamentação formal — não pode deixar de ter consequências no equilíbrio dos poderes do Estado, promovendo uma anteposição do executivo ao parlamento; finalmente, a máquina do Estado ganha uma dimensão até então desconhecida e, sobretudo, um novo espírito e uma nova organização — o espírito “managerial” e a organização por objectivos⁽⁴²⁾.

4. Instrumentos de trabalho.

A bibliografia mais importante acerca de cada assunto vai referida, ou nas notas, ou sob a rubrica “Indicações bibliográficas” que aparece eventualmente no final dos capítulos.

Para maiores desenvolvimentos ou para pesquisas particulares pode ser útil a consulta dos dois ensaios disponíveis sobre bibliografia histórica do direito em Portugal: ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Introdução bibliográfica à história do direito português*. I, II e III, em “Bol. Fac. Dir. Coimbra” 49(1973), 50(1974) e 55(1979), abrange apenas as obras de introdução (bibliografias, catálogos de arquivos, obras de síntese, revistas), as publicações de fontes e as monografias sobre temas de direito público; uma versão abrangendo todo o plano, embora mais resumida, está publicada na *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique*. Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles, secções C/8 (Portugal) e E/34 (Angola et Mozambique). E JOHANAS-MICHAEL SCHOLZ, *Legislação e jurisprudência em Portugal nos sécs. XVI a XVIII. Fontes e literatura*, em “Scientia iuridica” 25(1976), n.º 142-143 (tradução da parte correspondente do *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, dir. de HELMUT COING).

Não existe ainda, entre nós, um manual global de história das instituições jurídico-políticas actualizado. As últimas tentativas datam do primeiro quartel deste século. Em todo o caso, são lidas com proveito as sínteses de MARNOCO E SOUSA (*História das instituições de direito romano, peninsular e português*, 1903. 1.ª ed.) e, sobretudo, M. PAULO MERÊA (*Lições de história do direito português*, 1922; *Resumo das lições de história do direito português*, 1925; *Elementos de história do direito português*, recolhidos por Araújo Barros, 1938) e MARCELLO CAETANO, *Lições de história do direito português*, Lisboa 1962. Recentemente, apareceram uma actualização e desenvolvimento do trabalho

anterior, *História do direito português*, Lisboa 1981, e o manual *História das instituições de direito português*, dirigido por RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, Lisboa 1980-1, 1981-2³, ainda incompleto (até 1415). *A História da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV*, Lisboa, 1885-1922 (nova ed. acrescentada, 1945-54), de HENRIQUE DA GAMA BARROS, contém indicações fundamentais para a história das instituições, sobretudo das de direito público; bem como as *História das instituições em Portugal*, Coimbra 1903¹, e *História de Portugal*, Coimbra 1922-29 (sobretudo os vols. III e V) de FORTUNATO DE ALMEIDA. Também as *História de Portugal. Edição monumental comemorativa do 8.º centénário da fundação da nacionalidade* (mais conhecida por “de Barcelos”), dir. DAMIÃO PERES, 1928-54, e *História da expansão portuguesa no mundo*, dir. ANTÓNIO BAIÃO e outros, 1937-8, contém sínteses úteis sobre as instituições de direito público; v., sobretudo, na primeira, vol. II, 445-524 (organização sócio-política medieval, P. Merêa) e, na segunda, vol. I, 7-64 e 78-87 (governo e administração medievais), vol. II, 73-7 (o mesmo, para o Estado moderno), vol. III, 189-98 (o mesmo, para o período brigantino).

Da historiografia estrangeira, a mais interessante para nós é, sem dúvida, a espanhola, pelas semelhanças da sua história jurídica (sobretudo castelhana, galega e leonesa) com a nossa. Os melhores manuais de história das instituições parecem-me ser os de LUIS GARCIA VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones espanolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, 1970, 2.ª ed. e MANUEL GARCIA-GALLO, *Manual de historia del derecho español*, 1971. Fundamental, embora não dedicada expressamente à história das instituições jurídicas, a *Historia de España Alfaguara*, dir. de MIGUEL ARTOLA, 1973, 6 vols., da autoria de diversos especialistas, onde se podem obter panoramas actualizados, seguros e muito impressionantes quanto às suas relações com outros domínios sociais, acerca das instituições jurídicas e políticas.

Numa perspectiva comparatista, fundamental para a integração da nossa história institucional no contexto da história institucional europeia e, até, mundial, é utilíssimo o recente manual de JOHN GILISSEN, *Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit*, Bruxelles 1979, onde também se podem colher informações sobre obras relativas à história do direito dos vários países europeus. O enquadramento da história institucional no contexto do pensamento jurídico pode ser feito com recurso ao magnífico livro de F. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, trad. port., Lisboa 1981. A busca das fontes e bibliografia sobre os diversos temas da história institucional, nos vários países e épocas, é hoje cómoda com o auxílio do monumental *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Rechtsgeschichte*, dir. por HELMUT COING, de que já saíram dois volumes (em três tomos) — *Mittelalter (1100-1500)*, München 1973, *Neuere Zeit (1500-1800)*. Wissenschaft, München 1977, *Neuere Zeit (1500-1800)*. Gesetzgebung und

⁽⁴²⁾ V. nota anterior.

Rechtsprechung, München 1976 — e se espera o terceiro, subdividido em três tomos, provavelmente; é uma edição do Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte. Serviços igualmente preciosos presta a *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique*, dir. por JONH GUISSEN, já citada. Uma indicação dos mais importantes manuais de história do direito e das instituições pode ver-se em ALFONSO GARCIA-GALLO, *Manual de historia del derecho*, cit., II, XXXVII ss.

Como obras de referência muitas vezes úteis para a história das instituições, o *Dicionário de história de Portugal*, dir. por JOEL SERRÃO, 4 vols., 1963-71, a *Grande enciclopédia portuguesa e brasileira*, 40 vols., 1935-60 e *Verbo. Enciclopédia luso-brasileira de cultura*, 1963...; as primeira e terceira contêm indicações bibliográficas em geral cuidadas. Também o *Dicionário jurídico da administração pública*, 1965-..., contém eventuais indicações histórico-jurídicas. Para os repertórios e dicionários do antigo regime, v. a minha, já citada, *Introdução bibliográfica...*, secção 4.3. (na versão abreviada publicada em *A história do direito na história social*, cit., também 4.3).

Dos dicionários jurídico estrangeiros, salientem-se, pela qualidade das suas sínteses, a *Enciclopedia del diritto* e o *Novissimo digesto italiano*. As revistas histórico-jurídicas portuguesas mais importantes encontram-se referidas na minha *Introdução bibliográfica...*, cit., secção 5.1. Das estrangeiras: "Anuario de historia del derecho espanol" (A.H.D.E.), "Hispania", "Historia. Instituciones. Documentos", em Espanha; "Révue historique de droit français et étranger", em França; "Annali della Fondazione italiana per la storia amministrativa", "Annali di storia del diritto", "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", "Materiali per la cultura giuridica", em Itália; "Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung, Romanistische Abteilung, Kanonistische Abteilung", "Ius commune", "Der Staat", "Leviathan", na Alemanha; "Révue d'histoire du droit — Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis", na Holanda; "American journal of legal history" (E.U.A.).

Em Lisboa, as bibliotecas mais interessantes do ponto de vista da história jurídica são: *Biblioteca da Faculdade de Direito* — bibliografia jurídica geral, historiografia jurídica portuguesa e estrangeira, embora com faltas importantes, sobretudo para a bibliografia mais recente, revistas de história do direito; *Biblioteca Nacional*, fundo legal, importante colecção de manuscritos, muitos de interesse histórico-jurídico [inventariados, parcialmente, por LUÍS FERNANDO DE CARVALHO DIAS, em "Bol. Fac. Dir. Cb." 34(1958), 222 ss. e 35(1959) 272 ss.], colecções de legislação; *Biblioteca da Assembleia da República* — colecções de legislação, importante colecção de actas e diários do parlamento (de 1820 até à actualidade); importante fundo arquivístico que reúne toda a documentação sobre a actividade parlamentar portuguesa, nomeadamente os papéis das comissões parlamentares, correspondência

dirigida ao Parlamento, etc.; *Biblioteca da Academia das Ciências*, importante fundo de literatura jurídica dos sécs. XVI a XVIII; importante colecção de legislação do mesmo período; importante fundo bibliográfico geral; *Biblioteca da Ajuda* — fundo bibliográfico geral, rico, sobretudo, para obras do séc. XIX ou anteriores; importante fundo de manuscritos, muitos de interesse histórico-jurídico (catálogo impresso); *Biblioteca da Fundação Calouste Gulbenkian* — fundo bibliográfico geral, rico para obras nacionais e estrangeiras recentes, v.g., no domínio histórico; *Bibliotecas da Faculdade de Letras*, sobretudo a *Biblioteca Central* e a do *Centro de História da Universidade de Lisboa* (fundo bibliográfico com interesse para a história geral; destaque para bibliografia nacional e estrangeira recente); *Arquivo Nacional da Torre do Tombo* — arquivo de Estado, de importância fundamental para a história geral e, nomeadamente, para a história jurídico-política; catálogos e roteiros (vários), impressos e manuscritos; *Arquivo dos Feitos Findos* — corpos arquivísticos judiciais e notariais; fundamental para a história do direito, mas até hoje completamente esquecido; catálogos (parciais) manuscritos; *Arquivo dos Registos Paroquiais* — corpos dos cartórios paroquiais; de grande interesse para a história do direito, sobretudo, de família, até hoje não utilizado nesta perspectiva; catálogos (parciais) manuscritos. Em Coimbra, *Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra* — fundo bibliográfico geral muito rico, teses de universidades estrangeiras; rica colecção de manuscritos, sobretudo dos séculos XVII e seguintes (catálogo impresso), muitos de interesse jurídico (teses e apostilhas universitárias de direito; v., agora, ANA MARIA OSÓRIO PEREIRA DE MELO, *Apostilhas dos sécs. XVI-XVIII*, Coimbra 1980); *Biblioteca do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito*, riquíssimo fundo bibliográfico especializado, revistas estrangeiras, obras jurídicas dos séculos XVII e XVIII; *Arquivo da Universidade de Coimbra*, arquivo distrital e arquivo da universidade, com muitos dados sobre o ensino do direito, professores e estudantes.

5. Algumas normas de citação e utilização das fontes jurídicas.

A citação das mais importantes fontes jurídicas obedece a certas normas relativamente padronizadas:

a) *Corpus iuris civilis* (530 d.C.-565 d.C.) (v. *infra*, figs. 5 e 6).

INSTITUTIONES — divididas em livros (4), títulos e parágrafos. Actualmente citam-se indicando, antecédidos pela letra [Institutiones], os números correspondentes ao livro, título e parágrafo. O primeiro

parágrafo de cada título é designado por *principium* ou *proemium* e, na citação abreviada, é expresso pela sigla *pr.* Ex.: I., 2,2, *pr.* corresponde ao primeiro parágrafo (ou princípio) do liv. 2, tit. 2. Na literatura jurídica europeia anterior ao séc. XIX, os textos das *Institutiones*, bem como, em geral, os textos do *Corpus iuris civilis* eram citados indicando as primeiras palavras do título e do parágrafo; a correspondência destas epígrafes com os livros, títulos e parágrafos pode encontrar-se nos índices de títulos que acompanham quase todas as edições do *Corpus iuris*; encontrada a correspondência da epígrafe do título, resta procurar neste o parágrafo que se inicie pela segunda epígrafe da citação;

DIGESTO — dividido em livros (50), títulos (excepto os livros 30 a 32, que constituem um único título), fragmentos e — muitos dos fragmentos — parágrafos. O primeiro parágrafo de cada fragmento designa-se por *principium* ou *proemium* (*pr.*). Actualmente, cita-se indicando, depois da sigla D[igestum], os números correspondentes ao livro, título (quando o haja, o que não acontece nos livros 30 a 32), fragmento e parágrafo (quando o haja). Ex.: D., 2,9,2,1 corresponde ao texto que se encontra no liv. 2, tit., 9, frag. 2, par. 1 do Digesto; D., 4,4,5 corresponde ao texto do liv. 4, tit. 4, frag. 5 (não dividido em §§) do Digesto; D., 30, 81, 5 corresponde ao texto do liv. 30 (não dividido em títulos), frag. 81, par. 5. Na literatura romanística anterior ao séc. XIX, a forma de citar o Digesto é idêntica à referida para as *Institutiones*, ou seja, indicando as epígrafes do título e fragmento (ou *lex*); a abreviatura D. é substituída por dois ff., provavelmente transcrição latina do *pi* maiúsculo grego (primeira letra da designação grega do Digesto, “Pandectas”).

CÓDIGO — dividido em livros (12), títulos, constituições (ou leis) e parágrafos. Actualmente, cita-se indicando sucessivamente, depois da letra C[odex], os números do livro, título, constituição e parágrafo. Para a forma antiga de citação veja-se o que se diz a propósito das anteriores partes do C.I.C.

NOVELAS — divididas em novelas ou constituições, compostas de um preâmbulo ou *praefatio*, uma parte dispositiva (eventualmente dividida em capítulos e parágrafos) e um *epilogus*. Citam-se indicando, sucessivamente, depois da letra N, o número da novela, do capítulo e do parágrafo (se os houver).

b) *Divisão do “Corpus Iuris Civilis” na tradição romanística europeia.*

As peripécias da progressiva descoberta do texto do Corpus Iuris pelas escolas romanísticas medievais originou a adopção, nas edições glosadas, de uma repartição diferente da original,

repartição que importa conhecer, pois segundo ela se organizam as obras doutrinárias dos glosadores e comentadores.

Digesto Velho (*Digestum Vetus*) — compreende os primeiros 24 livros do Digesto, do liv. 1 a D., 24, 3,2; Digesto Esforçado (*Digestum Infortiatum*) — compreende mais 14 livros do Digesto, de D., 24,3,3 a D., 38;

Digesto Novo (*Digestum Novum*) — compreende a parte final, de D. 39 a D. 50.

Código (*Codex*) — contém apenas os primeiros 9 livros do Código;

Volumen (parvum) ou *Authenticum* — contém os três últimos livros do Código, as Instituições, uma colecção de Novelas (*Authenticum*), os *Libri Feudorum* e algumas constituições dos imperadores do Sacro Império Romano Germânico (de Frederico II de Hohenstaufen, a Paz de Constância, etc.).

c) *Corpus iuris canonici.*

DECRETO DE GRACIANO (ou *Concordia discordantium canonum*) — é composto por três partes; a primeira divide-se em *distinctiones* (101) e cada uma destas em cânones e capítulos e cita-se indicando sucessivamente o número do cânone (ou capítulo) em números árabes e o número da *distinctio* em números romanos, sem qualquer indicação prévia, nem da parte do C.I.C., nem da parte do Decreto, de que se trata — ex. c. 1, D. XXXIII corresponde ao cân. 1 da dist. 32.^a; a segunda parte divide-se sucessivamente em *causae* (36), *quaestiones* e *cânones* (ou capítulos); cita-se indicando, sucessivamente, o número do cânone (ou capítulo) em números árabes, o número da *causa* em números árabes e, finalmente, o número da *quaestio*, em números árabes, igualmente sem qualquer indicação prévia — ex. c. 34, C. XXVII, q. 2 corresponde ao can. 34 da *quaestio* 2.^a da causa 27.^a; faz excepção a este modelo de citação a questão 3.^a da causa 33.^a, que está dividida em *distinctiones* (7) e cânones e que se cita fazendo seguir os números do cânone e da dist. da indicação *De poen.* — abreviatura do título deste pequeno tratado (*De poenitentia*) —, o que permite distinguir esta citação de uma relativa às primeira e terceira (como veremos) partes do Decreto; a terceira parte tem uma sistematização idêntica à da primeira: na citação identifica-se pelo facto de à indicação do cânone e da *distinctio* se seguir a sigla *De cons.*, abreviatura do título desta parte do Decreto (*De consecratione*) — ex. c. 2, d. IV *De cons.* refere-se ao cânone 2.^o

da *distinctio* 4.^a da terceira parte. Tal como acontecia com o *C. I. Civilis*, a literatura europeia anterior ao séc. XIX referenciava os cânones pelas suas primeiras palavras e não pelos números.

DECRETAIS DE GREGÓRIO IX (ou *Decretales extra decretum Gratiani vagantes*) — divididas em livros (5), títulos e capítulos; citam-se indicando sucessivamente o número do capítulo, em algarismos árabes, a sigla X (abreviatura de “Extra”), o número do livro, em romano, e o número do título, em árabe — ex. c. 30, X, IV, I corresponde ao cap. 30 do livro 4.^o, título 1.^o das Decretais.

SEXTO DE BONIFÁCIO VIII — dividido em livros (5), títulos, parágrafos (ou capítulos); cita-se como as Decretais, substituindo a sigla X pela *in VI*^o — ex. c. 1, *in VI*^o, II, 2, corresponde ao cânone 1.^o do livro 2.^o, título 2.^o do Sexto.

CLEMENTINAS DE CLEMENTE V — divididas sucessivamente em livros, títulos e capítulos; citam-se segundo o sistema das Decretais ou do Sexto, substituindo apenas as siglas respectivas pela sigla *Clem.*.

EXTRAVAGANTES DE JOÃO XXII e EXTRAVAGANTES COMUNS — as primeiras divididas em títulos e capítulos e as segundas em livros, títulos e capítulos; o sistema de citação é o mesmo das anteriores partes do *C.I.C.*, com a única diferença das siglas (*Extr. Ioh.* e *Extr. comm.*, respectivamente).

d) *Literatura do direito comum*. Não é fácil, em termos abreviados, dar suficientes indicações sobre as normas de citação da literatura jurídica do direito comum. Normalmente, as citações são feitas indicando a abreviatura do nome do autor e da própria obra; para o desdobramento destas abreviaturas, v. E. SECKEL, *Paläographie der juristischen Handschriften des 12. bis 15. und der juristischen Drucke des 15. und 16. Jahrhunderts*, Weimar 1953²; para a literatura peninsular do séc. XVII, há algumas indicações na *Arte legal*, de BERMUDEZ PEDRAZA.

Em virtude da multiplicidade das edições das obras de direito comum, é mais correcto indicar-se, não o número da página do texto que se quer citar, mas o da divisão (livro, título, capítulo, glosa, etc.), onde ele se situa.

e) *Código Visigótico ou “Liber iudicum”* — dividido em livros (12), títulos (53, ao todo) e leis (ou *erae*); cita-se, indicando sucessivamente o número do livro (em romano), do título e da lei (em árabe); na “forma Vulgata” (i.é., na sua última versão, segundo a qual foram feitas as modernas publicações), as leis provenientes do Código de Leovigildo — entre as quais se

incluem as já provenientes do Código de Eurico — aparecem antecedidas da epígrafe “Antiqua” (ou “Antiqua emendata”, se na compilação Recesvindiana foram objecto de emendas); as leis compiladas por Recesvindo (“forma recesvindiana”), da epígrafe “Recc.”; as leis acrescentadas por Ervígio (“forma ervigiana”), da epígrafe “Erv.”; as leis, em geral posteriores, que foram acrescentadas em edições não oficiais e que integram a “forma vulgata” são antecedidas da epígrafe “Extr.” ou “Nov.”; a numeração das leis nas edições de Zeumer e da Academia espanhola, esta reproduzida nos *Portugaliae Monumenta Historica*, difere ligeiramente, pelo que é necessário utilizar tábuas de conversão existentes, por exemplo, na edição da *Colecção de textos de direito peninsular e português. Textos de direito visigótico. I*, Coimbra 1923.

6. Breves indicações sobre técnicas de pesquisa de bibliografia e fontes no domínio da história das instituições.

As fontes legislativas anteriores às Ordenações Afonsinas estão publicadas, ou nos *Portugaliae Monumenta Historica* ou no *Livro das leis e posturas*, Lisboa 1971; indicações sumárias podem ser encontradas em JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Synopsis chronologica de subsídios ainda os mais raros para a história e estudo crítico da legislação portuguesa*, Lisboa 1790, 2 vols. (1.^o — 1143-1549; 2.^o — 1550-1603).

As Ordenações (*Afonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas*), bem como a legislação extravagante às Manuelinas (*Leis extravagantes... pelo licenciado Duarte Nunes de Lião*) e às Filipinas (*Collecção chronologica de leis extravagantes posteriores à nova compilação das Ordenações do Reino*) e os assentos da Casa da Suplicação estão publicados na “Collecção de legislação antiga e moderna do reino de Portugal”, publicada pela Universidade de Coimbra nos fins do séc. XVIII e de que há muitas edições posteriores. No entanto, há colecções de legislação extravagante (i.é., não incluída nas Ordenações), mais completas. São duas as principais: JOSÉ JUSTINO DE ANDRADE E SILVA, *Collecção chronologica de legislação portuguesa*, Lisboa 1854-9, 10 vols. (legislação de 1603 a 1711); e ANTÓNIO DELGADO DA SILVA,

Collecção de legislação portuguesa..., Lisboa 1750-1820, 6 vols. e 3 supl. Com recurso a estas duas colecções fica coberto todo o arco cronológico do antigo regime, salvo o período compreendido entre 1711 e 1750, que pode ser integrado ou pela legislação publicada na *Collecção chronologica de leis extravagantes...*, da “Collecção de legislação antiga e moderna” ou por colecções temáticas de legislação ou, ainda, pelas boas colecções manuscritas existentes, v.g., no ANTT, na BUC e na Biblioteca da Academia das Ciências de Lisboa.

Uma indicação sumária da legislação extravagante às Filipinas pode ser encontrada em JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Índice chronologico e remissivo da legislação portuguesa...*, Lisboa 1805-1820, 6 vols., enriquecido com preciosas notas do autor.

A busca, por temas, da legislação pode ser feita com recurso ao utilíssimo índice de MANUEL FERNANDES THOMAZ, *Repertório geral, ou índice alphabetico das leis extravagantes do reino de Portugal*, Lisboa 1818-19, 2 vols. (1.ª — A-I; 2.ª — J-Z).

A doutrina jurídica pré-iluminista pode ser referenciada com auxílio de alguma das seguintes obras: MANUEL MENDES DE CASTRO, *Repertório às Ordenações do Reyno...*, Lisboa 1604 (há outras eds.); BENTO PEREIRA, *Promptuarium juridicum*, várias eds.; ANTÓNIO CRDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus...*, várias eds.; MANUEL SOLANO DO VALLE, *Index locupletissimus...*, Ullyssipone 1740-2; e, ainda, nos índices temáticos incluídos em quase todas as obras jurídicas da época.

Para a doutrina jurídica iluminista e pós-iluminista: JOSÉ JOAQUIM C. PEREIRA E SOUSA, *Esboço de um dictionário jurístico...*, Lisboa 1825-7, 3 tomos e JOSÉ FERREIRA BORGES, *Diccionario jurídico-comercial*, Lisboa 1839.

II

PERÍODO PRIMITIVO

(600.000 a.C. a séc. I a.C.)

1. Introdução.

O conhecimento das instituições jurídicas, políticas e sociais dos povos primitivos tem um duplo interesse. Numa perspectiva “genética”, permite averiguar o modo como a organização social dos períodos posteriores foi condicionada (“gerada”) pelas instituições primitivas; numa perspectiva “estrutural”, proporciona o contacto com sociedades organizadas segundo uma “lógica” diferente, lógica que atribui às instituições isoladas (família, Estado, propriedade, etc.) ou aos sistemas culturais (direito, religião, moral, etc.) funções sociais totalmente diversas das que hoje lhes competem. Assim, o estudo das civilizações primitivas contribui para a aquisição de uma perspectiva mais rigorosa acerca da natureza e função das instituições sociais, afastando a visão unilateral (mas comum) que consiste em supor que as formas e funções actuais das instituições são aquelas que lhes competem *por natureza* em qualquer fase da revolução histórica.

Este estudo tem, no entanto, algumas dificuldades, relacionadas, sobretudo, com a precariedade das fontes para o conhecimento destas sociedades, separadas de nós por alguns milhares de anos e desprovidas de escrita. A dificuldade do conhecimento “directo” (por documentos ou manuscritos deixados) da sua organização tem sido superada, sobretudo a partir do desenvolvimento da etnologia científica, através do

método comparativo, pois hoje se pensa que nas sociedades primitivas (históricas ou actuais) existem certos modelos típicos (padrões, *patterns*) de organização social, cultural e, até, intelectual, que se repetem, independentemente das descontinuidades espaciais e cronológicas. Assim, é possível preencher certas lacunas do conhecimento de certos grupos humanos pré-históricos com o recurso a “modelos” de organização social e cultural construídos a partir do estudo de outros povos melhor conhecidos (eventualmente, povos nossos contemporâneos), pertencentes ao mesmo estágio de civilização.

2. Comunidades paleolíticas.

É conhecida a periodização que os especialistas costumam fazer da pré-história peninsular: período paleolítico (também chamado “da pedra lascada”), do limiar da hominização, 600.000 a.C., a 8.000 a.C.; período mesolítico (ou período intermédio), de 8.000 a.C. a 5.000 a.C.; período neolítico (ou “da pedra polida”), de 5.000 a.C. a 2.700 a.C. e período eneolítico (ou “idade do bronze”), que constitui o último período da pré-história peninsular, já que, por um lado, ainda no seu decurso a Península passa a estar na órbita de povos históricos (gregos e fenícios) e, por outro, certos povos hispânicos (tartésios) descobrem então a escrita (para nós, todavia, ainda indecifrável).

Esta periodização baseia-se em progressos considerados significativos ao nível da tecnologia (a substituição da pedra lascada pela pedra polida, desta pelos metais, primeiro bronze e depois ferro). Mas os períodos assim definidos adaptam-se à descrição da evolução de aspectos menos extrínsecos da civilização humana, nomeadamente aos progressos da capacidade produtora do homem e, a partir daí, ao das formas de organização social adequadas ao exercício dessa capacidade produtora.

Assim, o período que se designa por paleolítico abarca a fase da evolução da humanidade anterior à descoberta da agricultura e da pecuária. Os homens acabam de ultrapassar (com o homem de Neanderthal) o limiar da hominização; vivem da colheita de frutos, da pesca e da caça, inteiramente dependentes do meio

físico e natural. Sendo as suas actividades produtoras praticamente inexistentes, as relações entre os indivíduos e a solidariedade dos grupos estavam exclusivamente dependentes dos estímulos físicos e biológicos: não existia a divisão social do trabalho (embora a natureza obrigasse a uma certa distribuição de tarefas entre os homens e as mulheres) nem a estratificação social ou económica; a promiscuidade sexual poderia ter sido a regra, embora a necessidade de alargamento dos grupos (sobretudo para a caça de presas maiores) tenha posteriormente obrigado à proibição de incesto, como forma de fomentar casamentos inter-grupais⁽⁴³⁾. Esta mesma necessidade de aumentar a dimensão dos grupos humanos e de lhes conservar a coesão indispensável à sobrevivência teria explicado a necessidade de práticas religiosas ou mágicas que reforçassem a unidade do grupo: o “totem” preenche esta função ao criar um símbolo visível do grupo (normalmente, um animal); por sua vez, o “tabu” identificava práticas que, por porem em perigo a unidade ou sobrevivência do grupo, eram proibidas⁽⁴⁴⁾.

Foram comunidades humanas deste tipo que, segundo os especialistas, habitaram a península desde 600.000 a.C., vindas provavelmente do N. de África. A medida que nos vamos aproximando do fim do paleolítico, não só aumenta o número de grupos humanos e a sua diversidade cultural, como se verifica uma maior identidade dos assentamentos peninsulares com os da Europa ocidental. Entretanto, os tipos antropológicos anteriores são substituídos pelo “homo sapiens”, morfologicamente idêntico ao actual e, no plano artístico, capaz de produzir manifestações como as das cavernas de Altamira (Santander, Espanha).

2. Comunidades neolíticas e eneolíticas.

O trânsito do paleolítico ao neolítico marca uma profunda evolução no modo de vida das comunidades humanas. Não se trata tanto do aperfeiçoamento surgido no modo de trabalhar a

⁽⁴³⁾ Esta tese acerca do carácter “cultural” (por oposição a “natural”) da proibição do incesto foi lançada por C. LÉVI-STRAUSS (*Les structures élémentaires de la parenté*, 1949) e é hoje geralmente aceite.

⁽⁴⁴⁾ M. MAUSS, *Introduction a la ethnografia*, trad. esp., Madrid, 1971, 321 ss.

pedra (do “lascar” ao “polir”); mas, antes de tudo, do início da actividade produtora do homem. O homem começa a produzir alimentos e, depois, vestuário, instrumentos de trabalho, objectos lúdicos ou de adorno.

A produção de alimentos verificava-se através da agricultura e da domesticação e criação de animais. A produção de instrumentos consistiu no aperfeiçoamento das técnicas, até então rudimentaríssimas, do trabalho da pedra e, facto de transcendente importância tecnológica e social, da mineração e metalurgia.

O início das actividades agrícolas e pecuárias e os progressos produtivos obtidos através da fabricação de instrumentos de trabalho mais perfeitos fez com que, a partir de certa altura, se verificasse uma produção excedentária de alimentos e de outros bens de consumo, facto que, além de possibilitar um aumento demográfico (que, na Península Ibérica, se terá cifrado no decuplicar da população, atingindo os valores de 250.000 e 500.000 habitantes), teve consequências sociais muito profundas.

Por um lado, permitiu a existência de classes sociais inactivas ou, pelo menos, exclusivamente dedicadas a actividades diferentes da produção de bens de consumo (comerciantes, artesãos — nomeadamente, oleiros e ferreiros, mineiros). A actividade humana especializa-se, embora, nos primeiros tempos, essa especialização ainda tivesse acompanhado de perto a primitiva divisão sexual do trabalho.

A divisão do trabalho nas primitivas sociedades agro-pastoris decorre da divisão “natural” das tarefas entre os dois sexos. Assim, tendo a mulher que ficar no povoado para amamentar e cuidar dos filhos, foi sobre ela que recaíram as tarefas domésticas (tecelagem, indústrias alimentares), bem como o cultivo das pequenas hortas próximas dos povoados. Os homens, pelo contrário, ocupavam-se do pastoreio dos rebanhos e de eventuais expedições venatórias.

A predominância de uma ou outra destas duas actividades, contribuía, portanto, para o tipo de organização social. Nas comunidades agrícolas (sedentárias), dada a importância da mulher na actividade produtiva dominante, desenvolveu-se frequentemente um tipo de *cultura matriarcal*, em que a mulher era considerada como dona da terra e tronco da organização familiar, embora o lugar de chefe da família não fosse ocupado pela mãe (mas também não pelo pai), mas pelo tio materno (lat. *avunculus*). No plano religioso, a predominância da mulher espelhava-se na existência de deuses femininos (v.g., a lua ou a terra). Pelo contrário, nas comunidades (nómadas) pastoris, a posição social central pertencia

ao homem, naturalmente mais disponível para as tarefas do pastoreio. A família adquire então uma estrutura patriarcal (por vezes poligâmica) e, no plano religioso, o panteão é dominado por divindades masculinas (v.g., o sol ou o céu).

Por outro lado, a actividade comercial começava a ser possível com base nos excedentes. As expedições comerciais iniciam-se, estabelecem-se as primeiras rotas comerciais, cujo traçado correspondia à complementaridade económica das regiões.

A existência de excedentes (i.é., de bens produzidos ou recolhidos não consumidos), combinada com a progressiva repartição dos elementos da comunidade por profissões, vem a provocar uma crescente desigualdade de riqueza entre os estes; esta circunstância, conjuntamente com outros factores (étnicos, mágico-religiosos) de diferenciação individual, tende a criar uma progressiva estratificação social com carácter estável (i.é., que tende a transmitir-se de geração em geração), fenómeno diferente da simples especialização profissional dos indivíduos.

Finalmente, toda esta dinâmica de crescimento demográfico e de diversificação social no seio das comunidades cria uma necessidade de coordenação entre os vários grupos familiares, profissionais e sociais que não podia ser satisfeita pelas estruturas familiares, como antes. Esta necessidade de coordenação foi tanto maior, quanto mais as tarefas de sobrevivência colectiva ultrapassavam as possibilidades isoladas de cada um dos grupos sociais. Tal era o caso, não só dos grandes trabalhos de irrigação, mas também da organização do comércio de longo curso, das actividades bélicas (de defesa ou de expansão).

São necessidades desta ordem que estão na origem das formas mais elaboradas de organização política, de que este estágio de evolução humana conhece uma vasta tipologia: solidariedades sociais de tipo mágico-religioso, formas de suzerania “reverencial”⁽⁴⁵⁾, ligas ocasionais (sobretudo para a guerra) e, finalmente, instituições de tipo “estadual”.

⁽⁴⁵⁾ Com esta designação quer-se referir um tipo de relação hierárquica em que o superior não tem poder sobre o inferior, devendo este, todavia, prestar-lhe reverência, atitude que, normalmente, se concretiza na realização de ofertas. Deste tipo de suzerania se distingue a suzerania “política”, em que o superior tem a prerrogativa de dar ordens ao inferior.

É dentro destes marcos culturais, embora com desenvolvimentos diversos, que se situam as culturas peninsulares, do mesolítico às primeiras épocas históricas; quer as culturas autóctones, quer as dos povos que, em diversas épocas, aqui chegaram e que, muito abreviadamente, podem ser agrupadas em:

a) *Culturas neolíticas e eneolíticas do SE peninsular* (5.000 a 1.700 a.C.), nas quais se inclui a cultura megalítica (c. 2.500 a.C.), muito representada em Portugal; conheceram a pecuária e a agricultura desenvolvida, praticavam o comércio de longo curso, chegaram a trabalhar o cobre e o bronze e conheceram, na derradeira fase, uma sociedade estratificada ou com desigualdades de riqueza.

b) *Povos históricos do SE da Península*, nomeadamente, o reino de Tartessos (última metade do 1.º milénio a.C.), de que possuímos notícias através da Bíblia e das fontes gregas. De origem anatólica (se é que não representou a evolução natural das culturas antes referidas), possuía uma civilização muito evoluída, conhecendo a escritas, dispondo de instituições políticas desenvolvidas (Estado monárquico, sociedade estratificada em ordens) e praticando o comércio longínquo de metais (v.g., estanho das Ilhas Britânicas). Do nosso ponto de vista, interessa realçar a informação de Justino (200 d.C.), colhida de fonte anterior, de que um rei de Tartessos ensinou a agricultura ao seu povo, lhe deu leis, proibiu o trabalho à nobreza e dividiu o povo em sete cidades (ou ordens?).

c) *Colonização fenícia* (dominante de 1.100 a.C. ao século VIII a.C.), *grega* (do séc. VIII a.C. a 535a.C.) e *cartaginesa* (a partir daí até à derrota de Cartago pelos romanos). Todos estes povos, sucessivamente, procuravam na Península as rotas dos metais, sobretudo a rota do estanho do N. da Europa; para as controlarem, fundaram estabelecimentos costeiros, a partir dos quais negociavam com os povos do interior. Apenas os cartagineses seguiram uma estratégia de ocupação territorial, procurando dominar directamente as regiões mineiras mais acessíveis (Huelva, Sierra Morena) e explorá-las com o recurso à mão de obra escrava. Todos estes povos trouxeram para a Península o modelo político-jurídico das metrópoles que, nos estreitos limites do seu domínio efectivo, aqui procuraram copiar.

d) *Celtas* (de 1.000 a 500 a.C.). Provenientes do continente e portadores da tecnologia do ferro, estes povos pastores e

agricultores nómadas irradiaram da Catalunha e vale do Ebro para todas as regiões da Península, sobretudo para a meseta. Entraram em contacto com os povos ibéricos (al. c), dominando-os umas vezes, fundindo-se com eles outras, dando origem às variedades étnicas e culturais que os romanos conheceram e que as suas fontes agrupam em povos célticos, ibéricos e celtibéricos.

A península, tal como foi conhecida e ocupada pelos romanos, não era, portanto, rática e culturalmente homogénea. Os historiadores costumam distinguir nela quatro grandes zonas civilizacionais — a do Sul, a do Este, a do Oeste e a Norte.

Nas primeiras tinham-se desenvolvido, sobretudo a partir do contacto com os colonizadores gregos e púnicos, formas políticas avançadas (estados territoriais e cidades-estados, por vezes federadas). A sociedade encontrava-se estratificada em classes e a escravatura era conhecida. O comércio florescia neste ambiente de forte peso urbano; a agricultura conhecia a exploração extensa trabalhada pelos escravos, que forneciam também a mão-de-obra para a mineração.

Na região de Oeste (meseta e parte ocidental da Península) predominavam os celtas, organizados em formas políticas menos avançadas (grandes confederações tribais fundadas num alegado parentesco comum). A necessidade de constituição de laços de solidariedade inter-grupal mais vastos do que os laços gentílicos baseados no parentesco fez surgir a instituição dos pactos de hospitalidade (ou *hospitium*) através dos quais dois grupos sociais se consideravam "hóspedes" mútuos com os direitos recíprocos que daí decorriam segundo os costumes de hospitalidade.

A vida urbana era pouco desenvolvida; o mesmo acontecia, em geral, com a agricultura. A pecuária era, então, o principal meio de subsistência. Segundo os testemunhos de autores clássicos (Estrabão, *Geografia*), em alguns destes povos — v.g., nos lusitanos — a fortuna concentrava-se nas mãos de poucos, que se tinham apoderado das melhores terras; os restantes, desprovidos de meios de subsistência, viviam da rapina, organizando-se em bandos de saqueadores.

Por fim, na região norte, isolada sobre si e fora das rotas comerciais, sobreviviam formas culturais do início do neolítico, nomeadamente a plena sobreposição da organização política e parental (com a sobrevivência dos traços de matriarcado próprios das primeiras comunidades de agricultores) e a permanência da divisão sexual do trabalho. A agricultura e pastorícia eram rudimentares, tendo a recollecção de produtos naturais um papel ainda relevante na economia destas comunidades.

4. Direitos primitivos.

A mitologia iluminista imaginou o homem primitivo vivendo num mundo sem leis ("estado de natureza", na expressão divulgada por J.-J. ROUSSEAU). As ciências modernas que estudam as civilizações primitivas (etnologia ou antropologia cultural) dão-nos dele a visão oposta: se algo caracteriza as sociedades primitivas, isso é a atitude de "constante jurisdição" (M. MAUSS), de tal modo que o direito (consuetudinário) abrange até os mínimos pormenores da vida familiar, encontrando-se o indivíduo emaranhado numa rede contínua de direito e deveres⁽⁴⁶⁾.

Isto acontece porque, ao contrário do que hoje se passa, não existe nenhuma separação entre a esfera do direito, da moral, da religião e, mesmo, daquelas práticas a que hoje chamamos de "etiqueta". O direito (lat. *ius*), o ético-religioso (lat. *fas*) e a tradição (lat. *mos*) fazem parte do mesmo mundo axiológico; por isso, o direito é sagrado e revelado pela tradição, os deveres religiosos são juridicamente exigíveis, a tradição é santificada e de observância obrigatória. Pela mesma razão, "legislador" e divindade confundem-se, o mesmo acontecendo com "juiz" e "sacerdote". Ainda pela mesma razão, o acto de aplicar o direito está envolto em práticas mágicas ou religiosas (sacrifícios rituais, uso de vestes sacerdotais) e decorre, muitas vezes, em ambiente de "segredo".

Embora pouco se saiba sobre o direito dos povos peninsulares pré-romanos, o que se conhece corresponde à imagem antes traçada.

Referindo-se ao direito de Tartessos, os escritores antigos (JUSTINO e ESTRABÃO)⁽⁴⁷⁾ relatam que esse povo tinha leis escritas que lhes teriam sido dadas por um rei lendário e semi-divino há mais de 6.000 anos. E Platão, referindo-se a um povo que viveria no extremo ocidental do Mediterrâneo, os atlantes, relata minuciosamente os rituais de aplicação do direito, de que faziam parte sacrifícios animais, uma refeição ritual e uso de vestes

⁽⁴⁶⁾ Cf., sobre isto, o capítulo 'Fenómenos jurídicos' de MARCEL MAUSS, *Introducción a la etnografía*, cit., 235-313.

⁽⁴⁷⁾ JUSTINO, *Epitome historiarum philippicarum* 44,4; ESTRABÃO, *Geografia* 3,1,6. Ed. moderna em A. GARCIA-GALLO, *Antología de fuentes del antiguo derecho*, Madrid 1971, p. 159 e 258 s.

sacerdotais. Refere ainda que as leis, que lhes teriam sido dadas por Poseidon e que eram rematadas por terríveis maldições contra quem as violasse, estavam gravadas numa coluna. Também as decisões dos reis-juizes eram gravadas em lâminas de ouro, consagradas religiosamente.

Sobre as práticas jurídicas dos povos do interior nada se sabe praticamente. O modelo geral não deve, no entanto, ser muito diferente, salvo, porventura, quanto ao carácter escrito do direito.

5. Bibliografia.

Sobre as formas gerais de organização social e económica das sociedades primitivas, JOHN GILISSEN, *Introduction historique au droit...*, cit., 341-50; R. H. LOWIE, *Primitive society*, New York, 1970; M. MAUSS, *Introducción a la etnografía*, Madrid 1971; B. HINDESS e P. Q. HIRST, *Pre-capitalist modes of production*, London 1977; M. GODELIER, *Teoria marxista de las sociedades precapitalistas*, Barcelona 1971. Os dois primeiros dedicam bastante atenção às formas jurídicas. De referir, também, as (várias) obras de V. GORDON CHILDE, quase todas, traduzidas em português e de leitura mais amena.

Sobre os povos primitivos peninsulares, além dos respectivos capítulos das histórias gerais (nomeadamente das mais recentes, *Historia de Espana Alfaguara*, vol. I; A. H. OLIVEIRA MARQUES e J. VERÍSSIMO SERRÃO) e dos artigos "Paleolítico", "Mesolítico", "Neolítico", "Eneolítico", "Celtas", "Iberos", "Lusitanos", do *Dic. hist. de Portugal*, BOSCH-GUIMPERA. *Prehistoria de Europa*, Madrid 1975, H. N. SAVORY, *Espanha e Portugal*, Lisboa 1974, A. ARRIBAS, *Os iberos*, Lisboa 1974, T. G. E. POWELL, *Os celtas*, Lisboa 1974, J. CARO BAROJA, *Pueblos de Espana*, Madrid 1976, M. FARINHA DOS SANTOS, *Pré-história de Portugal*, Lisboa 1972.

III

PERÍODO ROMANO

(I a.C. a III d.C.)

1. Introdução.

A guerra com Cartago foi o incidente a partir do qual os romanos iniciaram, em 218 a.C., a conquista da Península, conquista que se prolongará até ao séc. I d.C. e que se manterá sempre inacabada nas regiões setentrionais (zonas cantábrica e vasca). A ocupação romana dura até ao início do século V, quando a acção combinada das invasões germânicas e das revoltas camponesas reduzem a zero o poder de controlo do ainda existente Império Romano do Ocidente.

2. O imperialismo romano.

O movimento que trouxe os romanos à Espanha compreende-se a partir das características da sociedade romana no tempo da República. Tratava-se de uma sociedade em que o modo básico de vida era a exploração familiar das parcelas agrícolas do território citadino (*ager publicus*) atribuídas pelo Estado (*civitas*) a cada um dos cidadãos. O crescimento demográfico e o contínuo indigentemente (com consequente expropriação) dos cidadãos mais pobres faziam crescer o número dos sem terra (*proletarii*). A forma de responder às tensões sociais daí decorrentes foi, por um lado, a aquisição de novas terras pela conquista e, por outro, a obtenção, pela exploração imperialista, de bens de consumo (sobretudo trigo e azeite) para distribuir pelos cidadãos pobres. A lógica desta política acabou por modificar profundamente a matriz social do mundo romano. A guerra contínua gerou o serviço militar permanente e este veio impossibilitar a pequena exploração agrícola que acaba por cair sob o domínio dos grandes proprietários rurais. Estes vêm crescer o seu latifúndio e alargar-se as fronteiras do Império e, com isto, as possibilidades do comércio; passam a produzir para vender (e não só para consumir). Toda esta evolução da dimensão e objectivos da exploração agrícola (a que se junta agora a exploração mineira e comercial) não é compatível com a

exclusiva utilização do trabalho familiar, tornando obrigatório o recurso maciço ao trabalho escravo⁽⁴⁸⁾. Eis, então, outro incentivo para a guerra e para a exploração imperialista; sendo ainda certo que, pertencendo os grandes latifundiários à oligarquia cidadina (*senatores, equites*) donde se recrutavam os funcionários que ocupavam os altos e rendosíssimos cargos provinciais⁽⁴⁹⁾, os seus próprios interesses pessoais aconselhavam tal política internacional.

3. A integração da Península no sistema imperialista romano. Exploração e organização económicas.

A Península foi integrada, desde cedo, neste sistema económico do mundo romano, começando aí a produzir os réditos correspondentes.

Após a conquista, o território peninsular foi considerado como *ager publicus populi romani* e, assim, posto ao serviço dos interesses de Roma. Parte foi distribuído, em (pequena) propriedade, aos cidadãos romanos que se fixassem na Península em *colónias* ou *municípios*. Outra parte — nomeadamente, as minas — foi apropriada directamente pelo Estado e arrendada a poderosas companhias comerciais ou industriais (*societates publicanorum*). Outra, ainda, era atribuída, teoricamente em posse mas praticamente em propriedade⁽⁵⁰⁾, a membros das classes senatorial e equestre, que assim aumentavam a sua fortuna, muitas vezes repartida pelos quatro cantos do Império. Outra, finalmente, era deixada nas mãos dos povos indígenas (o *ager privatus iure peregrino* das comunidades indígenas *foederatae* e *liberae*), embora muitas vezes os romanos aí procedessem a uma redistribuição da terra.

Outro rédito da exploração da Península é constituído pelos escravos. Os romanos vendiam, em regra, como escravos os

(48) Outra solução era o recurso ao trabalho assalariado (mediante o pagamento de salário, *merces*, daí *mercenarius*) dos cidadãos sem terra (*proletarii*). As necessidades bélicas e também factores de ordem ideológica (nomeadamente o desprezo que a cultura romana votava ao trabalho manual) impediram a viabilização desta solução, todavia esporadicamente existente e juridicamente regulamentada (*locatio conductio operarum*).

(49) Referimo-nos não só aos cargos da administração provincial civil e militar (*proconsules, propretors, legati*), mas também às posições de arrendatários das contribuições fiscais ou das explorações agrícolas, mineiras e comerciais do Estado (*publicani, societates publicanorum*).

(50) Sobre o *ager publicus* (por contraposição ao *ager italicus* das colónias e municípios) não podia haver propriedade (*dominium*) privada, mas apenas uma atribuição precária (*possessio*), por prazos de cinco anos, feita pelos censores (*locatio censoria*). Cf. A. d'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1973, 28.

habitantes das cidades que oferecessem resistência militar à conquista. Isto foi produzindo, nos dois primeiros séculos de ocupação, centenas de milhares de escravos que eram vendidos dentro e fora da Espanha⁽⁵¹⁾.

A terceira fonte de rédito eram os impostos, quer os pagos pelas comunidades indígenas (*civitates stipendiariae*, mas também pelas *civitates foederatae* e *liberae*), quer os pagos pelas cidades romanas (*coloniae* e *municipia*). Os impostos eram pagos normalmente em espécie (trigo, ouro e prata, artigos militares, etc.), podendo ser convertidos em dinheiro segundo a tabela estabelecida pelo próprio Estado; alguns tinham carácter permanente (como o imposto de 15% sobre o trigo ou o *portorium*, taxas alfandegárias), outros eventuais. A cobrança dos impostos era feita pelo sistema de arrendamento, sistema que deixava aos arrendatários (na Espanha pertencentes à classe equestre) lucros fabulosos e a possibilidade de os aumentar ainda mais através da violência e da extorsão⁽⁵²⁾.

O prosseguimento desta política de exploração das províncias implicava que estas estivessem economicamente organizadas. A primeira organização económica da Península centrava-se nas explorações agrícolas latifundiária e mineira, ambas realizadas com o recurso à mão de obra escrava. Os grupos sociais dominantes eram, então, o dos latifundiários rurais e o dos grandes arrendadores das explorações estaduais, uns e outros fortemente ligados às classes senatorial e equestre e, em geral, absentistas. Mais tarde, durante o Alto Império (sécs. I e II d.C.), a pacificação da Península permitiu uma mais intensa fixação de cidadãos romanos, com o conseqüente desenvolvimento do comércio e da vida urbana. As explorações agrícolas mais dinâmicas eram agora as pequenas explorações do perímetro urbano, onde os problemas de vigilância e de ordem pública postos pela existência de grandes massas de escravos não se colocavam; ao lado destas, desenvolvem-se explorações comerciais e artesanais urbanas o que, tudo junto, coloca as cidades provinciais numa posição económica chave e as oligarquias sociais urbanas (*curiales, decuriones*) na situação de domínio político, pelo menos a nível provincial.

No séc. III, este equilíbrio entre campo e cidade altera-se. Por um lado, a vida urbana entra num ciclo de crise semelhante ao da própria Roma antes da expansão: superpopulação, falta de terras, proletarianização, concentração da propriedade rústica; crise agora agravada por um grave desequilíbrio das finanças locais, desgastadas pelo cada vez mais exigente fisco imperial e pela necessidade de ir respondendo, com distribuições de mantimentos, às carências dos cidadãos pobres. No campo, em contrapartida, a

(51) Indicações numéricas em M. VIGIL, *Historia de Espana Alfaguara. Edad antigua*, vol. I, Madrid 1973, 293 ss.

(52) Indicações suplementares em J. M. BLAZQUEZ, *La romanización*, Madrid 1974-5, vol. II, 171-4, 219-21.

exploração dos grandes domínios públicos e privados beneficia de um relançamento, devido à substituição do trabalho escravo pelo trabalho dos *colonos*, homens livres ligados por laços pessoais ao latifundiário ou mesmo adstritos a uma parcela do latifúndio. Nesta situação, muitos dos homens livres (*proletarii* e mesmo pequenos proprietários urbanos) vão preferir à sua situação de independência angustiada uma situação de mais ou menos tranquila dependência em relação a um latifundiário, optando pela situação social de colonos e trabalhando, como tais, no latifúndio. A fuga das cidades, para mais assoladas pelas primeiras invasões germânicas, generaliza-se; o comércio urbano retrai-se e, com ele, a economia monetária.

A crise da economia urbana não podia deixar de atingir o próprio Estado romano, que nela se baseava: o ponto crítico mais imediato foi o das finanças, já que a estrutura fiscal assentava sobretudo nos actos de comércio e pressupunha uma economia monetária. A quebra financeira impede o Estado de manter por si a administração e defesa do Império e obriga-o a entregar certas tarefas e poderes aos potentados locais que mais não eram do que os donos das grandes extensões territoriais; com isto, vão-se esbatendo as diferenças — nítidas para os romanos — entre os poderes de natureza pública e os de natureza privada, derivados da propriedade ou dos pactos.

A crise do séc. III, que marca o princípio do fim do mundo antigo e a gestação de uma nova ordem social e económica, pode, em traços muito gerais, caracterizar-se da seguinte forma: *a*) colapso económico da economia urbana, comercial, monetária; *b*) avanço da economia rural, agrícola, de auto-consumo; *c*) deslocamento dos centros políticos e sociais regionais da cidade para o campo; *d*) degradação do poder central e fortalecimento dos polos políticos periféricos; *e*) progresso do estado servil (ou colonato) — quer por servilização dos homens livres, quer por emancipação dos escravos — e, consequentemente, das relações pessoais de dependência.

4. A integração político-administrativa da Península no Estado romano.

A estrutura do Estado romano republicano era a de um Estado “pessoal” em que o reconhecimento de direitos civis e políticos (cidadania) dependia, não apenas do facto de se residir nos limites geográficos do Estado (*ius soli*)⁽⁵³⁾, mas do facto de se ter uma ligação gentílica ou étnica com o “povo romano” (*ius sanguinis*).

(53) Como nos “regna” ou “basileias”.

Em contrapartida, a posse da cidadania (*status civitatis*) garantia a participação na vida política (*res publica*) através de órgãos “democráticos” (v.g., *comitia*, *consilia*, *senatus*)⁽⁵⁴⁾. Assim, a participação no governo e nas instituições jurídicas romanas estava reservada à exígua minoria de pessoas que, por origem ou por concessão individual, tivessem o título de *cives*. Os restantes (salvo os italianos que gozassem do estatuto intermédio de *latini*, que lhes garantia certos direitos civis e políticos) eram estrangeiros (*peregrini*), desprovidos de direitos civis e políticos, embora a sua situação pudesse estar protegida ou por tratados (*foedus*) ou pelo direito internacional (*ius gentium*)⁽⁵⁵⁾.

Quanto ao estatuto do território, os romanos marcavam também a diferença entre o seu território original (*ager italicus*) e os territórios adquiridos por conquista (*ager publicus populi romani*), entre a *civitas romana*, titular da soberania, e as *provincias* (de *pro vincere*, “para subjugar”, designação das atribuições do magistrado colocado à frente dos territórios conquistados), objecto de soberania, com um estatuto político-administrativo definido caso por caso (*lex provinciae*).

A integração da Península no Estado romano realizou-se segundo estes cânones.

A Hispania subdividiu-se em *provincias* romanas⁽⁵⁶⁾ cujo número e limites variaram — dependentes indirectamente do imperador (salvo o caso da Bética, que dependia do Senado), através de governadores (*legati*, *propraetores*) provenientes da classe senatória e dotados de largos poderes administrativos, judiciários, fiscais e militares. Mais tarde (293 d.C),

(54) A democraticidade do Estado romano tem que ser entendida segundo as cânones da “democracia antiga”, que admitia a negação de direitos aos estrangeiros e, inclusive, a existência de homens privados de todos os direitos e equiparados juridicamente a coisas — os escravos. Sobre a “democracia antiga”, v., por último, U. CERRONI, *Eguaglianza e libertà*, em *Marx e il diritto moderno*, Roma 1962, 197 ss. A generalização dos direitos civis a todos os romanos foi o produto de contínuas lutas sociais mantidas pela plebe contra o patriciado e, mais tarde, pelos latinos contra os cidadãos.

(55) Mais tarde, também, pelo *ius praetorium* (cf. *infra*, 78 s.).

(56) Note-se de passagem, que — do ponto de vista administrativo — os romanos nunca reconheceram a unidade e identidade da Península. Só no Baixo Império, a Hispania adquire uma certa unidade administrativa, quando as suas várias provincias (então cinco, mais uma provincia africana) são englobadas numa mesma *diocesis*, esta submetida à *perfectura* da Gália.

quando a instabilidade política do Império desaconselhou a concentração de grandes poderes nas mãos dos magistrados regionais, os poderes dos governadores são limitados e as províncias, agora subdivididas, são integradas em circunscrições mais vastas (*dioceses* e, estas, em *perfecturae*), adquirindo o Império uma estrutura política “em pirâmide” que será característica dos estados feudais.

No interior das províncias, o território estava dividido em *conventi*, circunscrições de carácter judicial, devendo o governador administrar rotativamente a justiça na capital de cada *conventus* (um pouco como mais tarde o fará o corregedor na sede das comarcas da sua correição).

Mas a unidade político-administrativa fundamental era a *cidade*. Transpondo para a Península os seus próprios esquemas político-administrativos, os romanos consideraram os habitantes da Espanha como agrupados em cidades (*civitates*), o que, muitas vezes, representava uma completa ficção já que, num bom número de casos, por detrás desta designação se encontravam comunidades indígenas sem qualquer expressão urbana; “cidade” designa, então, uma comunidade gentílica a que os romanos reconhecem identidade.

O estatuto das cidades era desigual⁽⁵⁷⁾. Havia, desde logo, as tais “cidades” ou *comunidades indígenas*, cujos direitos, deveres e organização interna dependiam das peripécias da sua submissão pelos romanos, oscilando a sua situação entre a de cidades *livres* ou *federadas*, com uma situação garantida por acto unilateral de Roma ou por tratado, e a de cidades *estipendiárias*, submetidas ao arbítrio do governador da província, que podia reconhecer e manter (ou não) as suas formas de auto-governo; a maior parte delas pertencia, no entanto, a esta última categoria (na Bética, segundo Plínio, 120 em 175; na Tarraconense, 428 em 472, e na Lusitânia, 37 em 45, segundo a mesma fonte). Havia, por outro lado, as *cidades de tipo romano*, constituídas por cidadãos romanos (ou, pelo menos, por latinos) e organizadas segundo um modelo administrativo bastante homogéneo, embora dependente, nos seus particulares, dos estatutos que lhes eram concedidos aquando da sua fundação (ex.: *lex ursonensis*, de Osuna, ou *lex*

⁽⁵⁷⁾ Cf. H. GALSTERER, *Untersuchungen zum römischen Stadtwesen auf der Iberischen Halbinsel*, “RHDfE”, 1972, 456.

malacitana, de Málaga). Os dois tipos fundamentais de cidades romanas são as *colónias*, fundadas de novo por cidadãos romanos, normalmente antigos soldados (ex.: *Scalabis*, Santa-rém, antes *Praesidium Iulianum*, acampamento militar permanente), e os *municípios* (ex.: *Felicitas Iulia Olisipo*, Lisboa, antigo castro pré-romano), resultado da transformação de cidades pré-existentes a cujos habitantes fora concedida a cidadania ou a latinidade. A partir da segunda metade do séc. I d.C., as comunidades indígenas assimilam rapidamente a forma municipal de organização⁽⁵⁸⁾.

A organização administrativa das cidades de tipo romano era um decalque simplificado da administração de Roma, com os seus magistrados e os seus conselhos. O conselho municipal (*curia*) era constituído pelos membros da oligarquia local (*decuriones*). Os magistrados, eleitos anualmente pela cúria, eram quatro (*quattuorviri*), uns encarregados das tarefas político-administrativas e financeiras (*duoviri*), outros da ordem e abastecimento públicos (*aediles*). O município constituía, assim, uma pequena república gerida democraticamente, embora esta “democracia”, como mais tarde a dos concelhos medievais, fosse falseada pela predominância (progressivamente transformada em monopólio) da oligarquia local nos órgãos municipais; de resto, a relativa facilidade com que certas comunidades indígenas adoptaram a forma municipal deveu-se precisamente a esta estrutura oligárquica, que permitia que a aristocracia indígena perpetuasse, sob formas agora romanas, o seu poder, instalando-se nos cargos municipais.

A crise do Baixo Império, antes brevemente descrita, veio transformar esta situação. Os cargos municipais, até então disputados, passaram a representar um pesado fardo económico, pois obrigavam os seus ocupantes, não só a custear de seu bolso muitas das despesas dos agora insolventes municípios, como a responder perante o fisco pelos impostos que a cidade deveria pagar; perante a tentativa de escusa destes cargos, o governo central tornou-os, no séc. IV (390 d.C., *C.Th.*, 12, 1, 122),

⁽⁵⁸⁾ Como se depreende da abundância de cidades com o epíteto dos Flávios (*Aguae Flaviae*, Chaves, *Conímbriga Flavia*, Condeixa-a-Velha, etc.), dinastia romana a que pertencem, nomeadamente, Vespasiano (que atribuiu aos espanhóis a latinidade).

hereditários, o que rematou o processo de arruinamento da oligarquia curial.

Um outro aspecto — de resto conexo com o anterior — da integração da Península no Estado romano é o da situação jurídica dos seus habitantes, ou seja, dos direitos que lhes eram atribuídos pela constituição romana; direitos, tanto políticos (v.g., eleger e ser eleito, ocupar cargos públicos romanos) como civis (v.g., gozar da liberdade pessoal, constituir família legítima, ser proprietário de bens e dispor deles). A questão do estatuto jurídico das pessoas não se resumia, portanto, a uma mera classificação formal ou honorífica, mas era o modo pela qual o direito regulamentava o lugar das pessoas na sociedade, nomeadamente em relação ao poder político e aos meios de produção. Assim, ser *peregrinus*, por exemplo, significava, muito concretamente, estar impedido de aceder ao poder político na sociedade romana (i.é., estar condenado a desempenhar nela um papel de *súbdito*) e, mais do que isso, significava certas restrições (posteriormente bastante atenuadas pelo direito pretório)⁽⁵⁹⁾ à possibilidade de adquirir e de dispor juridicamente de bens, para não referir as limitações concernentes à constituição da família legítima.

A primeira situação dos peninsulares a este respeito foi, evidentemente, muito desfavorável: os que não tinham sido reduzidos à escravidão, entravam na categoria de *peregrini*, o que, pelo menos até ao início do séc. I a.C. implicava, além da denegação de direitos políticos, o não reconhecimento de direitos patrimoniais, ou seja, a expropriação dos seus bens, pelo menos perante o direito romano estrito. As próprias necessidades do sistema económico romano exigiam, no entanto, um mais aberto reconhecimento da capacidade civil (sobretudo, patrimonial) dos *peregrini*; a isso respondeu a protecção que lhes passou a ser dada pelo direito pretório, pelo que, nos fins da República, as discriminações que os afectavam diziam respeito sobretudo aos direitos políticos o que, nas províncias, tinha sobretudo que ver com a possibilidade de participar na vida político-administrativa das cidades romanas (colonias, municípios): exercer os cargos municipais, aceder à propriedade romano do solo municipal.

⁽⁵⁹⁾ Sobre o conceito de direito pretório (*ius praetorium*), v. a referência, *infra*, 78 s.

Até 74 d.C., só através de concessões individuais ou especiais da cidadania ou da latinidade, foi possível aos *peregrini* peninsulares abandonar a sua condição. Neste ano, porém, Vespasiano, visando dar forma romana às comunidades indígenas e permitir o acesso à cidadania romana das suas oligarquias, concede a todos os peninsulares o estatuto de latinos o que, na modalidade de concessão utilizada, garantia também o acesso à cidadania aos que tivessem ocupado cargos no governo das cidades e às suas famílias. Com isto, toda a oligarquia indígena ascendeu rapidamente à cidadania romana, adquirindo o estatuto jurídico, social e económico correspondente. Finalmente, em 212 d.C., Caracala remata a unificação do estatuto jurídico dos homens livres, concedendo a cidadania a todos os habitantes do Império. A partir daqui (e à parte o grupo social dos escravos, já em diminuição, bem como outros estatutos sociais residuais)⁽⁶⁰⁾ a *hierarquização social dos indivíduos*, se não deixa de ter certos reflexos jurídicos⁽⁶¹⁾ (ao contrário do que hoje acontece, em que à desigualdade social dos indivíduos corresponde a igualdade formal dos cidadãos perante a lei) *irá ter sobretudo outro tipo de reflexos*, a que nos referiremos de seguida.

Já vimos, ao descrever brevemente a situação sócio-económica da Península no séc. III, que estava longe de existir, por essa altura, uma igualdade entre todos os agora cidadãos romanos. Se, nas cidades, a distinção entre decuriões e plebeus se esbatera, estando quase todos irmanados na mesma pobreza, já as distinções entre as economicamente decadentes populações urbanas ou os pequenos proprietários rurais, por um lado, e os ricos latifundiários por outro, eram patentes. São estas diferenças económico-sociais — e a necessidade da protecção dos mais ricos (*honestiores*) sentida pelos mais pobres (*humiliores*) — que vêm reavivar velhas instituições de submissão pessoal (*clientela*, *devotio*, *hospitium*), dando-lhes, embora, um novo conteúdo. Surge, então, a instituição do *patronato* (ou *patrocinium*),

⁽⁶⁰⁾ Referimo-nos à distinção entre *senatores*, *equites* (cavaleiros), *decuriones* e *plebei*, cujas consequências políticas e jurídicas podemos, de momento, desprezar.

⁽⁶¹⁾ Certas interdições matrimoniais, monopólio de certos cargos públicos, etc.. Cf. A. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., v.g., 250 e 114.

através da qual o patrono garantia ao cliente protecção e mesmo certas isenções em face do Estado, contra a promessa de submissão pessoal (*reverentia*), de entrega das próprias terras se as tem (continuando a cultivá-las por consentimento do patrono), de pagamento de uma renda ou de prestação de serviços pessoais, nomeadamente de carácter militar. Com a generalização do patronato, reintroduz-se a desigualdade de estatutos jurídicos pessoais; só que, agora, são vínculos de carácter originariamente privado (quase-contratual) que se substituem às classificações legais (de direito público) anteriores⁽⁶²⁾.

Um outro fenómeno de descriminação dos estatutos jurídicos pessoais próprio do Baixo Império peninsular é a imposição de estatutos profissionais transmitidos hereditariamente. Já o encontramos no caso dos *curiales*; mas esta tendência para adscrever legalmente as pessoas a certas profissões ou cargos conhece uma maior extensão — atinge os funcionários (*C. Th.* 7, 22, 3), os arrais (*C. Th.* 13, 5, 35), os soldados, os artesãos (*C. Th.* 14, 7, 1) e os colonos (*C. Th.* 5, 17, 1), etc.

Se o primeiro fenómeno prenuncia claramente as relações de encomendação feudal, o segundo anticipa a regulamentação do trabalho e da produção das corporações medievais. Qualquer deles é, na verdade, o sinal de um novo sistema de relações sociais — o sistema feudal.

5. Direito e prática jurídica.

O sistema jurídico romano concedia amplos poderes de criação do direito aos magistrados encarregados de aplicar a justiça (em Roma, os pretores). As leis (*leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta*; mais tarde, *constitutiones principum*) apenas forneciam uma moldura muito geral para a decisão; ao pretor competia anunciar, no início do seu mandato anual, o seu programa (*edictum*) quanto à forma de interpretar e aplicar a lei.

⁽⁶²⁾ Sobre este tema da revivescência das formas ibéricas de submissão pessoal e a sua aglutinação na instituição do *patronatum*, cf. J. M. BLAZQUEZ, *La romanización*, cit., 335-58; M. VIGIL, *Historia de Espana Alfaguara. Edad antigua*, cit., 386 e M. GARCIA GALLO, *Manual de historia del derecho*, cit., I, 525-6.

Na realidade, era este “programa” (*ius praetorium*) e não o texto das leis (*ius civile*) o verdadeiro direito vigente.

Isto, que se passava em Roma, passava-se também nas províncias, onde o magistrado encarregado de aplicar a justiça (governador) dispunha de poderes ainda mais vastos para conduzir o processo (*cognitio extra ordinem*), o que lhe permitia adaptar o direito romano aos direitos e costumes locais, sobretudo quando estes tinham atingido estádios avançados de desenvolvimento (como acontece no Império Oriental, mas não no Ocidental); onde isto acontece — Egipto, Grécia — pode falar-se de um verdadeiro “direito provincial” mesmo na época clássica do direito romano (130 a.C. a 230 d.C.)⁽⁶³⁾.

Ao contrário do que aconteceu com o direito de Roma, que foi objecto de um tratamento dogmático esplendoroso por gerações de juristas, o direito provincial — pelo menos naquilo em que se afastava do direito metropolitano — mereceu pouca atenção por parte dos juristas, talvez porque estes não abundavam fora do ambiente romano. Daí que as suas instituições sejam tecnicamente menos elaboradas (vulgarização, *Vulgarrecht*), menos conceptualizadas e formalistas, e mais próximas, pelo contrário, dos objectivos práticos que se pretendiam obter. O direito provincial é, neste sentido, um direito mais “transparente”, em que as tensões sociais a regular são menos obscurecidas pelas tensões lógico-conceituais do sistema dogmático do direito.

No que respeita concretamente à Península, dada a inexistência de importantes fontes de direito que lhe sejam específicas⁽⁶⁴⁾, a particularidade do seu direito apenas podia decorrer da vitalidade dos direitos indígenas e da atracção que estes pudessem ter tido sobre o ordenamento jurídico romano. Isto não aconteceu, porém. Do ponto de vista jurídico, a romanização parece ter sido bastante efectiva, como o prova a utilização de formas jurídicas romanas pelos próprios *peregrini*⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ Sobre esta periodização do direito romano, A. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., 10 ss.

⁽⁶⁴⁾ Excluindo algumas leis municipais e as, para nós célebres, *Leges metalli vipascenses*, descobertas em Aljustrel. Cf., sobre o assunto G. BRAGA DA CRUZ, *História do direito português*, Coimbra, 1955, 106 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cf. A. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., 61, n. 2.

6. Bibliografia.

Informações gerais sobre a civilização romana podem ser colhidas em qualquer história geral. Para a romanização na Península, sínteses recentes em J. M. BLAZQUEZ, *La romanización*, Madrid 1974-5 e M. VIGIL, *Historia de Espana Alfaguara. Edad antigua*, Madrid 1973. Para Portugal, além dos capítulos próprios nas histórias gerais mais conhecidas ou mais recentes (*História de Barcelos*, A. H. OLIVEIRA MARQUES, J. VERÍSSIMO SERRÃO) e do artigo "romanização" no *Dicionário de História de Portugal*, v. JORGE ALARCÃO, *Portugal romano*, Lisboa 1973.

Sobre o direito romano, vastíssima bibliografia, de que se salienta, para o presente efeito, A. d'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona 1973, W. KUNKEL, *Römisches Rechtsgeschichte*, Böhlau 1964 (existe trad. esp.). Em português, os trabalhos mais recentes são R. VENTURA, *Manual de direito romano*, Lisboa 1963, S. CRUZ, *Direito Romano*, Coimbra 1973, e M. VILLEY, *O direito romano*, trad. port., Lisboa 1973. Sobre as fontes do direito específicas da Espanha romana, veja-se, v.g., G. BRAGA DA CRUZ, *História do direito português*, Coimbra 1955, 106 ss.; sobre a legislação mineira de Aljustrel, a mais importante fonte jurídica encontrada em território nacional, v. J. FLACH, *La table de bronze d'Aljustrel...*, Paris 1879, E. SCHÖNBAUER, *Das Bergrecht von Vipasca*, em "Labeo" (1969) 326-45; S. P. M. ESTÁCIO DA VEIGA, *A tabula de Aljustrel lida, deduzida e comentada*, Lisboa 1880, também em "Hist. Mem. Acad. Real das Sciencias". Nova série 5. 2.^a parte (1882) 60 e, por último, CUSTÓDIO MAGUEIJO, *A lex metalli dicta (117-138 d.C.)*, em "O arqueólogo português", 3.^a série, 4, 1970, pp. 125-163.

A compreensão sociológica, dum ponto de vista marxista, da sociedade "antiga", a que a sociedade romana pertence, pode ser obtida em B. HINDESS e P. Q. HIRST, *Pre-capitalist modes of production*, London 1977 (capítulos "Ancient mode of production" e "Slavery", sobretudo). Do ponto de vista tradicional, a descrição sociológica mais famosa é a de FUSTEL DE COULANGES, *A cidade antiga*, trad. port., Lisboa 1958; a abordagem do problema da transição da sociedade antiga para a feudal encontra-se, numa forma descritiva acessível, mas que não perde o essencial da compreensão teórica do problema, em PERRY ANDERSON, *Passages from antiquity to feudalism*, London 1974 (trad. port., Lisboa 1979). V., também em português, FERDINAND LOT, *O fim do mundo antigo e o princípio da Idade Média*, Lisboa 1980.

Edições de fontes jurídicas: *Fontes iuris romani antejustiniani (FIRA)*. I — *Leges*; II — *Auctores*; III — *Negotia*, Firenze 1940-1943; *Theodosiani Libri XVI, cum constitutionibus sirmondianae et leges novellae...*, (ed. Mommsen e Meyer), 2 vols., Berlin 1905, reimp. 1954; *Corpus iuris civilis* (ed. Mommsen, Krüger, Scho'll e Kroll), Berlin 1965³; *Digesto*, trad. cast., por A. d'Ors, Pamplona 1969-76, 3 vols.; para a Espanha, *Collecção de textos de direito peninsular. I. Leis romanas*, Coimbra 1912.

IV

PERÍODO FEUDAL

(Prolegómenos de teoria social)

1. Introdução.

Os séculos III e seguintes (destacados pela historiografia tradicional como o período das invasões bárbaras, as *Volkswändungen* dos historiadores germânicos) constituem no plano económico e social, uma sequência dos dois séculos anteriores.

Se as invasões germânicas algo representam, deste ponto de vista, é uma acentuação das tendências anteriores para a ruralização da vida económica, social e política, para a deterioração do comércio e da economia monetária, para a atomização do espaço económico.

Os traços gerais deste movimento já foram antes descritos. No plano económico, cabe apenas acrescentar que o despovoamento das cidades se acentua, nesta época em que a guerra as assolava preferencialmente e em que os atractivos da vida urbana, ligados ao florescimento do comércio, eram inexistentes; os visigodos preferiram, de resto, sedear-se no campo, nas *villae* romanas abandonadas ou em pequenos aldeamentos (*pagi*). Por sua vez, a grande propriedade, agora em mãos da aristocracia hispano-romana e visigoda e, cada vez mais, dos mosteiros, não deixa de crescer, sobretudo através do mecanismo da expropriação dos pequenos e médios proprietários, adiante descrita. O comércio, tanto o exterior como o interior, tendem a desaparecer, facto para que contribuem, não só factores de ordem política (desagregação do Império Romano do Ocidente e insegurança das rotas comerciais), mas também de ordem económica (rareamento da moeda, inexistência de excedentes). Estes dois movimentos combinados (ruralização e deterioração do comer-

cio) produzem uma atomização do espaço económico e, consequentemente, do espaço político, contribuindo para a constituição de comunidades políticas autónomas, vivendo sob uma economia natural, de que a cobrança em géneros dos impostos e a retribuição em terras e em géneros dos serviços prestados ao Estado são sintomas característicos.

No plano social, o traço mais característico é a ruptura da relação (de direito público) entre o Estado e o cidadão, ocasionada pela deterioração do poder político, já visível na época anterior, e a sua substituição por formas de subordinação pessoal (constituídas sob modelos jurídicos de direito privado).

O processo que dá origem a esta mudança pode ser brevemente descrito: a deterioração da protecção estadual, para que muito contribuiu a decadência da vida urbana e a retracção da máquina administrativa ocasionada pelas dificuldades financeiras do Baixo Império, gera uma situação de insegurança pessoal, que o clima das invasões ainda acentua; perante isto, os mais fracos procuram a protecção dos mais fortes, entrando para a sua “família”, a sua “casa” ou a sua clientela, situação que obtêm em troca de promessas de fidelidade e, normalmente, da entrega dos seus bens, por formas que adiante serão mais miudamente descritas. O Estado, pelo contrário, privado de meios financeiros, retribui os serviços (administrativos, militares, religiosos) que lhe são prestados com a doação de terras ou, pura e simplesmente, delega certas funções nos potentados fundiários, o que leva a uma progressiva confusão entre *propriedade* e *autoridade* ⁽⁶⁶⁾.

2. O sistema feudal. A estrutura social e económica que se está a estabelecer na península e que acabamos, brevemente, de descrever corresponde àquilo que, na teoria dos sistemas sociais, costuma ser designado por “sistema feudal”. Como se trata de um

⁽⁶⁶⁾ Todo este processo vem bastante bem descrito em A. BARBERO e M. VIGIL, *Los orígenes sociales de la reconquista*, Madrid 1974, E. A. THOMPSON, *Los godos en Espana*, trad. esp., Madrid 1971; boa síntese em J. A. GARCIA DE CORTÁZAR, *Historia de Espana Alfaguara*. II. *La época medieval*, Madrid 1973, 7-48. Sobre a tendência para a “encomendação” dos fracos em relação aos fortes e a sua correspondência na necessidade dos fortes, agora tornados militares de profissão, de obterem os seus meios de sustento a partir do trabalho produtivo dos fracos, P. ANDERSON, *Les passages...*, cit., 150.

tipo de organização social e económica que, substancialmente, nos vai fornecer a moldura geral da história das instituições durante, pelo menos, dez séculos, convém que lhe dediquemos agora alguma atenção, tendente a identificar os seus traços estruturais básicos e a definir a eficácia que estes têm natureza e função social do direito e das instituições jurídicas.

Ao contrário do que acontece com a designação de outros sistemas económico-sociais (“esclavagismo”, “capitalismo”), a designação “feudalismo” remete para características que se situam, não ao nível das estruturas económica ou social, mas ao nível das estruturas jurídica ou política (laços de vassalagem política, deveres jurídicos do vassalo em relação ao senhor). Isto faz com que o feudalismo tenda a ser caracterizado, predominantemente, como um regime *jurídico-político* (e não tanto como um sistema *económico-social*) e que a classificação de certas formações sociais históricas como “feudais” (ou não) tenda a ser feita, dum ponto de vista formal, a partir da presença (ou não) de certos traços jurídicos e políticos considerados característicos.

2.1. O feudalismo enquanto sistema jurídico-político.

Embora a perspectiva da história tradicional — que caracteriza o feudalismo a partir dos laços jurídicos e políticos que unem o senhor ao vassalo — não nos pareça ser a fundamental para a explicação histórica (ou seja, para a descoberta da lógica imanente ao todo do sistema feudal e que explica as suas instituições políticas, jurídicas e sociais concretas), convém esboçar os seus traços ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁷⁾ É à historiografia jurídico-política alemã que se deve o fundamental da investigação sobre a constituição política feudal. Os clássicos são: G. v. BELOW, *Der deutsche Staat im Mittelalter*, 1914; A. DOPSCH, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, em “Verfassungs-und Wirtschafts-geschichte des Mittelalters”, 1928; H. MITTEIS, *Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1933; H. SPANGENBERG, *Vom Lehnstaat zum Ständestaat*, 1912; Th. MAYER, *Geschichtliche Grundlagen der deutschen Verfassung*, 1933 e O. HINTZE, *Wesen und Verbreitung des Feudalismus*, 1929. Mas a problemática corrente nas primeiras décadas deste século (e sobre a qual, em boa medida, se situou a nossa historiografia sobre o tema) foi profundamente modificada, quer por MARC

Do ponto de vista *jurídico-político*, o *feudalismo* caracteriza-se pela combinação de dois tipos de relações inter-pessoais: por um lado, o pacto de submissão pelo qual o vassalo promete fidelidade e serviços pessoais (acima de todos o serviço militar) ao seu senhor⁽⁶⁸⁾; por outro, a concessão de terras pelo senhor, em retribuição de serviços prestados ou a prestar (*beneficium, stipendium*), concessão acompanhada de ampla delegação de poderes. Esta concessão era inicialmente uma tenência precária — *precarium, tenure* (do lat. *tenere*, deter) ⁽⁶⁹⁾; a progressiva indispensabilidade dos serviços do vassalo (nomeadamente, dos seus serviços militares) foi-a transformando em definitiva e hereditária, ao mesmo tempo que se consolidavam nela múltiplos poderes de natureza “pública” (administração da justiça, cobrança de impostos, organização militar). Assim, para a concepção tradicional, o feudalismo existirá, *en propre*, onde se verificarem *concessões territoriais pelo senhor, acompanhadas da delegação de poderes soberanos, em troca de uma promessa, por parte do vassalo, de fidelidade e de prestação de serviços pessoais nobres*.

BLOCH, *La société féodale*, Paris 1939 (trad. port., Lisboa 1979), quer por O. BRUNNER, *Land und Herrschaft*, Wien 1939 (v. ainda *Feudalismus. Geschichte eines Begriffes*, Stuttgart 1952). Um panorama da literatura alemã sobre este assunto pode ver-se em Th. MAYER, “*I fondamenti dello Stato moderno tedesco nell’alto medioevo*” (trad. it. de um artigo de 1939), em E. ROTELLI e P. SCHIERA, *Lo stato moderno. I. Dal medioevo all’età moderna*, Bologna 1971. Do texto de O. HINTZE (fundamental para a construção do “tipo ideal” de feudalismo em sentido jurídico político) existe uma edição moderna (em O. HINTZE, *Feudalismus-kapitalismus*, Göttingen 1970) e uma trad. esp., em O. HINTZE, *Historia de las formas políticas*, Madrid 1968. Outros textos significativos podem ainda ser encontrados na colectânea ed. por H. H. HOFMANN, *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, Köln 1967.

Na bibliografia portuguesa, para além das contribuições originárias adiante citadas, refira-se a tradução de F. GANSHOF, *O que é o feudalismo*, Lisboa 1973 (de onde se adquire uma boa perspectiva comparatista); a tradução espanhola desta obra contém um valioso posfácio de LUIS G. VALDEAVELLANO sobre o feudalismo ibérico (*Las instituciones feudales en España*).

⁽⁶⁸⁾ Na linguagem das fontes, *obsequium, servitium, custodia, reverentia*. Esta relação de dependência tem, no plano jurídico, antecedentes quer no *patronatus* e *clientela* romanos, quer na clientela militar germânica (*comitatus, Gefolgschaft*), quer, entre nós, na *devotio* ibérica.

⁽⁶⁹⁾ Nas nossas fontes “*tenere in atonito*” ou “em atondo”, i.é., “sem força”, sem protecção jurídica em relação à revocação da concessão. Cf. P. MEREIA, *Sobre a palavra “atondo”*, em “An. Hist. Dir. Esp” I (1924) 75 ss.

Ao lado destas fórmulas jurídicas, a alta idade média conheceu também a figura da simples “*imunidade*”; tal era a situação de um domínio isento (“*coutado*”) da jurisdição real — e em que, portanto, cabia ao seu senhor (*dominus terrae, Landsherr*, “senhor da terra”) o desempenho das funções de soberano — sem que, no entanto, essa imunidade acarretasse obrigações de prestação de qualquer serviço ao soberano. Se a combinação de “*patronato*” e “*benefício*” deu origem ao “*feudo*” e ao regime feudal (do ponto de vista jurídico-político) típico, o desenvolvimento da “*imunidade*” deu origem ao “*senhorio*”, regime mais mitigado, nomeadamente enquanto: (a) nele não existe uma delegação expressa dos direitos do rei (*regalia*, direitos reais ou “*dominicais*”) nos vassalos, mas apenas uma “*abstenção*” do seu exercício em certas áreas territoriais e (b) os vassalos não estão obrigados ao serviço do senhor (nomeadamente, ao serviço militar) que, portanto, quando prestado, lhes deve ser especialmente pago⁽⁷⁰⁾.

“*Feudalismo*” e “*senhorio*” são, no entanto, duas entidades dificilmente distinguíveis na realidade social e política da idade-média — elas vivem lado a lado e combinam-se uma com a outra⁽⁷¹⁾; sobretudo, elas contribuem ambas para dar forma a um mesmo sistema económico-social⁽⁷²⁾. No entanto, elas surgiram e impuseram-se na historiografia medievística a partir da necessidade de se distinguir — no plano da história exclusivamente jurídico-política — os regimes feudais típicos — i.é., aqueles em

⁽⁷⁰⁾ Esta última circunstância não fortalece, antes enfraquece, o poder dos senhores. É que, no regime feudal típico, os vassalos, a quem foram concedidas a título definitivo terras em paga do serviço militar *futuro*, gozam de plena liberdade económica, só estando vinculados ao senhor pelo vínculo moral da vassagem. No regime senhorial, pelo contrário, o pagamento da sua retribuição (*soldada, maravedis, contia*) estava dependente da efectiva prestação do serviço militar.

⁽⁷¹⁾ Assim, a imunidade senhorial acabou por equivaler, na prática, à concessão de poderes soberanos no domínio da terra “*coutada*”; ao passo que, com a progressiva desvalorização das “*contias*”, os vassalos acabaram por estar vinculados ao senhor por pouco mais do que por um “*vínculo*” de fidelidade vassalática.

⁽⁷²⁾ É significativo que, em França, nos fins do antigo regime, quando já estava completamente obscurecida a origem dos poderes dos nobres, mesmo os juristas desistam de distinguir a origem das várias atribuições dos senhores e prefiram falar de “*complexum feudale*” (MERLIN DE DOUAI).

que a organização política é dominada pelo laço vassálico e pela outorga aos grandes senhores de extensos poderes magestáticos — e os regimes em que, tendo-se verificado também uma extensa vigência de laços de subordinação político-jurídica dos indivíduos, aquela pulverização, no topo, do poder político não se verificou em tão alto grau⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾.

É nestes termos que tem sido posta, entre nós (e também para as restantes monarquias medievais da Espanha, exceptuando a Catalunha), a questão da existência de “feudalismo” em Portugal.

Esta questão surge⁽⁷⁴⁾ com F. Martinez Marina que, em 1808 (*Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de León y Castilla*, § 63), nega a ideia, corrente⁽⁷⁵⁾ na época, de que o “feudalismo” teria existido na idade média peninsular; já na segunda metade do século, Francisco de Cárdenas (*Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en Espana*, 1873-5) admitiu a existência em Espanha de um feudalismo não muito diferente do francês. É por oposição a este autor que A. HERCULANO (*Cartas sobre a história de Portugal*, 1842; *História de Portugal*, vol. I, IV e V; *Apointamentos para a história dos bens da corôa e das forais*, Opúsculos, VI; *Da existência ou não do feudalismo nos reinos de Leão, Castela e Portugal*, em Opúsculos,

⁽⁷³⁾ A moderna historiografia, respeitando de alguma forma os pruridos terminológicos da antecedente, distingue entre “feudalismo” (com o preciso sentido tradicional de relações jurídico-políticas vassaláticas entre rei e nobres) e “feudalidade” (*féodalité*) com o sentido alargado de “regime senhorial” — ou seja, de dependências económico-sociais interessando toda a sociedade e baseadas na posse da terra; conceito, na verdade, bastante próximo do que se utiliza ao definir o feudalismo como sistema económico-social (cf. n. 3.2). Cf., sobre tudo isto, *L'Abolition de la “féodalité” dans le monde occidental*. Actas do Colóquio do C.N.R.S., em Toulouse (12-16.11.1968), Paris 1971, I/II, 110 s., 146 s., 325, 489 ss., 501 s., e, nomeadamente, 529 ss.

⁽⁷⁴⁾ M. PAULO MERÊA (*História de Portugal*. Ed. Barcelos, v. II, 3.^a parte, c. VI, p. 502, col. I) define o regime senhorial como consistindo “essencialmente numa disseminação dos direitos próprios da soberania, numa fragmentação do conteúdo desta e sua distribuição por diversos indivíduos, em cujo património passam a fundir-se, misturando-se com os direitos de índole privada e ingressando com estes no comércio jurídico”.

^(74a) Na época contemporânea, entenda-se, pois a questão de saber se as doações régias assumiam, em Portugal, natureza feudal foi clássica na literatura jurídica do antigo regime (cf., *infra*, 288).

⁽⁷⁵⁾ Sobre o curso da ideia e da palavra (“feudalismo”) em Portugal no trânsito do séc. XVIII para o séc. XIX, A. SILBERT, *Sur la féodalité portugaise et son abolition*, em *L'Abolition...*, cit., 325 (trad. port. em A. SILBERT, *Do Portugal do antigo regime ao Portugal oitocentista*, Lisboa 1972).

V) entra na polémica, concluindo de forma negativa, no que é seguido por H. GAMA BARROS (na *História da Administração pública...*, cit., I, 162 ss.). Para estes autores a resposta à questão ficava dependente da verificação ou não em Portugal de certas características de natureza político-jurídica: obrigatoriedade do serviço militar nobre, hereditariedade dos feudos, completa substituição dos laços de vassalagem “geral” pelos laços de vassalagem “particular” com a consequente absorção dos direitos magestáticos (*iura regalia*, *Hoheitsrechte*) pelo senhor feudal, utilização da palavra feudo, etc. M. PAULO MERÊA sistematiza a questão (*Introdução ao problema do feudalismo em Portugal*, 1912), mantendo, embora, a mesma perspectiva de fundo. É ainda nesta perspectiva que o problema é colocado por TORQUATO DE SOUSA SOARES (em “Dic. de hist. Port.”, cit.), ao qual se reporta A. SILBERT na sua obra fundamental sobre a “feudalidade” do antigo regime em Portugal — *Le Portugal méditerranéen à la fin de l'ancien régime...*, Paris 1966, I, 136-154. A oposição entre “feudalismo” e “regime senhorial” é, em contrapartida, desvalorizada por ARMANDO CASTRO, *A evolução económica de Portugal...*, cit., vols. II a IV e *História económica de Portugal*, Lisboa 1981, I, 146 ss., 324 ss. (cabendo a este A. o mérito de ter questionado os termos em que a questão do feudalismo era posta pela historiografia anterior) e por A. H. OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, I, Lisboa 1972⁽⁷⁶⁾.

Mais interessante do que a distinção entre feudalismo e regime senhorial, tradicional na nossa historiografia é, porventura, a contraposição, feita por Max Weber, entre “feudalismo” e “patrimonialismo”, como sub-tipos da “dominação tradicional”. O primeiro baseado na relação (vassálica, contratual) entre o suzerano e os vassalos; o segundo na relação (de piedade) entre o chefe da família (alargada) e os seus dependentes. No seu estado puro, cada uma destas estruturas de domínio teria características próprias e distintas entre si ao nível da *ideologia* (a do patrimonialismo dominada pelo modelo do “bom rei” e do bem comum, a do feudalismo pela do “herói guerreiro” e da camaradagem militar), da *educação* (no primeiro, dirigida para a actividade guerreira; no segundo, para a preparação administrativa) e do *direito* (no patrimonialismo, indisponível, coincidente com a tradição, no feudalismo, voluntarístico e conformado pelos pactos feudais). Sobre a tipologia weberiana, além do próprio M. WEBER (em *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit.), v. REINHART BENDIX, *Max Weber. Das Werk*, München 1964, 278 ss.

⁽⁷⁶⁾ Para balanços da questão, LUÍS G. VALDEAVELLANO, *Las instituciones feudales en Espana*, cit. (n. 67) 229 s.; ARMANDO CASTRO, *Histórica económica de Portugal*, cit., I, 324 ss.; MARCELLO CAETANO, *História...*, 149 ss.

2.2. O feudalismo como sistema económico-social.

O que acaba de ser dito aponta para a necessidade de encontrar um nível diferente de análise que permita descobrir a unidade daquilo que a visão, muitas vezes espontânea, dos historiadores tem designado por “feudalismo”, nomeadamente, as realidades sociais europeias desde a alta idade média até às grandes revoluções burguesas do trânsito do séc. XVIII para o séc. XIX⁽⁷⁷⁾.

De alguma forma, foi este o objectivo da historiografia (sobretudo, francesa) medieval e moderna, ao introduzir, ao lado de “feudalismo”, o conceito de “regime senhorial” ou “feudalidade” (cf., *supra*, 2.1), conceito que — como vimos — pretende abranger as realidades em que, apesar da atipicidade ou falta de nitidez das formas jurídico-políticas feudais, se verificou uma organização económica-social caracterizada pela existência de laços de dependência económica, política e social baseados na posse da terra⁽⁷⁸⁾ — i.é, em que a posse da terra atribuía ao seu titular poderes jurídico-políticos, em que o proprietário era também “senhor” e o cultivador directo era, para além disso, “servo” ou, pelo menos, “súbdito” —, laços que embeberiam toda a estrutura social (e não apenas o cume das relações jurídico-políticas — ou seja, as relações entre o soberano e os grandes vassalos).

A historiografia marxista — na qual esta tentativa de alguma forma se funda — encara esta questão do ponto de vista da “teoria dos modos de produção”, sintetizada por K. Marx no *Prefácio da Contribuição à crítica da economia política* (1859):

⁽⁷⁷⁾ Esta nova perspectiva permite ainda alargar consideravelmente o âmbito cronológico e geográfico do “sistema feudal”, fazendo-o abranger também as realidades sócio-económicas e político-jurídicas dos sécs. XVI e XVIII; v., *infra*, 199.

⁽⁷⁸⁾ Sobre o conceito de feudalidade — em que os autores pretendem englobar realidades históricas que vão da Península Ibérica da alta idade média até à França e à Polónia do séc. XVIII — v. as várias contribuições apresentadas ao Colóquio de Toulouse de 12-16.XI.1968 e incluídas em *L'Abolition de la féodalité dans le monde occidental*, Paris 1971, I/II, sobretudo as de Davies, Wolff, Souboul, Silbert (para Portugal), Mazauric, Garaud e D. Ortiz (para a Espanha). Cf., ainda, sobre a necessidade de alargar o conceito de “feudalismo”, Salvador de Moxó, *Sociedad, estado y feudalismo*, em “Rev. Univ. Madrid”, 78(1972) 171-202.

“As minhas investigações chegaram à conclusão de que as relações jurídicas — bem como as formas de Estado — não podem ser entendidas por si mesmas nem pela pretensa evolução geral do espírito humano, mas que, pelo contrário, elas radicam nas condições de existência material — cujo conjunto Hegel, seguindo o exemplo dos ingleses e dos franceses do séc. XVIII, compreende sob a designação de “sociedade civil” — e que a anatomia da sociedade civil deve ser procurada, por sua vez, na economia política. Eu tinha começado o estudo desta em Paris e continuei-o em Bruxelas para onde tinha emigrado na sequência de um mandato de expulsão de Guizot. O resultado geral a que cheguei e que, uma vez adquirido, me serviu de fio condutor dos meus estudos pode ser assim sintetizado: na *produção social da sua existência*, os homens entram em relações *determinadas, necessárias, independentes da sua vontade*, relações de produção, que *correspondem* a um grau determinado do desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura económica da sociedade, *a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política* e à qual *correspondem* formas de consciência social determinadas. O modo de produção da vida material *condiciona* o processo de vida social, política e intelectual *em geral*”⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Sublinhados nossos. Sem querer fazer aqui a exegese (não simples) deste texto fundamental, interessa sublinhar vários pontos: (a) trata-se de uma breve (e relativamente precoce, embora já no período chamado “da maturidade” da obra de Marx) síntese do pensamento de K. Marx, em que este o *simplifica* e *o exprime por fórmulas por vezes apenas descritivas* (i.é, ainda não explicativas ou conceituais) *ou por metáforas* (desde logo, a célebre metáfora do edifício — “base, superestrutura”); (b) realça-se a ideia de que a existência humana é uma *produção do próprio homem* (e não o produto de uma lógica do devir natural — determinismo naturalista), produção de condições materiais e, também, de condições intelectuais-ideológicas; (c) existe um *número finito*, necessário, logicamente forçoso, *de modos de organizar* (numa perspectiva da sua análise global) *o processo produtivo* — i.é, de relacionar os produtores directos, os não produtores e os meios de produção materiais — e é com recurso a estas formas “típicas” (designação teoricamente perigosa, mas de momento mais sugestiva) que é possível orientar a análise das “formações económico-sociais” concretas (como qualquer ciência, a teoria marxista fornece, com a caracterização dos diversos modos de produção, uma grelha conceitual que permite apreender e ordenar a complexidade do real — assim, a “necessidade” de que fala Marx não se encontra no plano do real, mas no plano das formas intelectuais da sua apreensão); (d) a aproximação de cada sociedade concreta em relação a uma ou outra destas formas típicas de organizar a produção

A teoria dos modos de produção⁽⁸⁰⁾ (ou dos sistemas económicos) considera como decisivo na identificação de cada modo de produção:

depende das condições (materiais, técnicas) da produção (de bens, mas também de ideias) estando, nomeadamente, em correspondência (recíproca) com o desenvolvimento das forças produtivas, sendo certo que este desenvolvimento não pode ser considerado como uma variável independente (independente, nomeadamente, em relação às relações sociais de produção); (e) o modo de organização da produção (de bens, mas também de ideias) condiciona o modo de ser do direito e da política *duma forma semelhante* àquela pela qual a base de um edifício condiciona os andares superiores (atente-se no que a metáfora diz, e no que ela *não diz*: a base condiciona, decerto: a existência de andares superiores; em grau menor, a sua área, e, menor ainda, o seu número. Mas não condiciona senão *em última instância* a sua estrutura interna, o seu acabamento — isto está condicionado menos pela base do que pela técnica de construir [modo de produzir] *os próprios andares superiores*); (f) a tudo isto “correspondem” — como? de que laço de causalidade se trata? — certas formas de consciência social (não “individual”), i.é, socialmente dominantes; (g) assim, conclusão, o modo de organizar a produção (de bens, de ideias) condiciona *em geral* (i.é, tendencialmente) o processo da vida social, política e intelectual.

Nestas abreviadas notas, fica sugerida uma posição (muito provisória, por vezes) em relação a algumas das controvérsias fundamentais da moderna teoria marxista: (a) a da *natureza da entidade teórica “modo de produção”* (“modelo”?, “tipo ideal”?, “tópico interpretativo”?, “fórmula descritiva da realidade histórico-concreta”?) — num extremo as concepções que o equiparam a uma entidade apenas existente no plano conceitual-abstracto, noutro as que o entendem como uma “síntese” ou “totalidade” realmente existente nas sociedades histórico-concretas); sobre isto, cf., para as várias posições, L. ALTHUSSER e E. BALIBAR, *Lire le Capital*, cit., 93 (“mdp” como *sistemas de formas* que representa um estado da variação dos elementos que entram necessariamente no processo de produção [93], *o que permite, pela diferente relação dos elementos, engendrar “mdp”s que nunca existiram* [100, 112 s.]); no polo oposto, E. SERENI, *De Marx a Lenine: a categoria de “formação económico-social”*, em E. SERENI e outros, *Modo de produção e formação económico-social*, Lisboa 1974, max. 39 (conceito concreto — o A. não o distingue suficientemente de formação económico-social — que “investe a totalidade da vida social, na unidade de todas as esferas e na continuidade do seu desenvolvimento histórico); e, ainda, G. DHOUQUOIS, *Modo de produção e formação económico-social*, ibid., 83 ss. (“mdp” como “abstracção real” ou “tipo ideal”, resultado duma operação intelectual de “purificação” e de “tipificação do real” — e não como um “modelo” nem como um “conceito descritivo”); E. BALIBAR, agora auto-criticando a sua primeira posição (susceptível de entendimentos “estruturalistas” e “abstractizantes”), em *Mais valia e classes sociais e Sobre a dialéctica histórica*, ambos em *Cinco estudos materialismo histórico*, cit., II, max. 29 ss. e 198 ss. (“tópico” destinado a orientar a apreensão teórica da realidade social, mas não a “inventar” modos de produção históricos possíveis ou a antecipar-lhes o conteúdo); N. POULANTZAS, *Pouvoir politique et*

(a) a titularidade do poder de direcção do processo produtivo no seu duplo aspecto (i) da propriedade dos modos de produção e (ii) da possibilidade de controlar o processo produtivo;

(b) o modo de apropriação e de repartição do excedente social — ou seja, da produção social não consumida na reprodução do processo produtivo⁽⁸¹⁾.

Procuremos caracterizar, sob este ponto de vista, o sistema feudal.

classes sociales, Paris 1971, I, 8 ss.; P. VILAR, *História marxista, história em construção*, Lisboa 1973, 78; B. CLAVERO, *Sobre el concepto de revolución burguesa*, em “Sistema 13”, 1976, 40 s. (n. 17); (b) a da *natureza do devir histórico* (“linear”?, “dialéctico”?) e a da *natureza da transição* (sobre isto, E. BALIBAR, ibid, 208 ss., B. HINDESS e P. HIRST, *The Pre-capitalist modes of production*, — crítica a E. Balibar, correspondente, de resto, à sua própria auto-crítica citada); E. SERENI, *De Marx a Lenine...*, cit., max. 23 ss.; uma interpretação linearista do devir histórico é favorecida por uma leitura hegeliana de Marx de que não são inocentes mesmo certos textos clássicos, sobretudo de Engels, nomeadamente, *A origem da família, da propriedade e do Estado*); (c) a da *natureza do desenvolvimento das forças produtivas* (“independente”, “contínuo” ou “dependente e condicionado pelas relações de produção”) e da sua *relação com o devir das relações de produção* (sobre isto, para além da célebre crítica de Lenine a Kautsky e à sua “teoria das forças produtivas”, E. SERENI, *De Marx a Lenine...*, cit., 53 e E. BALIBAR, *Sobre a dialéctica histórica...*, cit., 206.

Sobre a interpretação deste texto de K. Marx, E. BALIBAR, *Sur les concepts fondamentaux du matérialisme historique*, em “Lire le Capital”, cit., 79 ss. e, para o direito, M. MIALE, *Une introduction critique au droit*, Paris 1975, 76 ss.

⁽⁸⁰⁾ A impossibilidade de uma “teoria dos modos de produção” é afirmada por aqueles que defendem a especificidade radical de cada “modo de produção” (v.g. K. KORSCH); sobre os aproveitamentos “oportunistas” (no plano teórico e ideológico) do “princípio da especificidade”, v. WITOLD KULA, *Théorie économique du système féodal*, cit., sobre os limites de uma “teoria dos modos de produção” (nomeadamente, com a crítica aos pontos de vista “substancialistas” relativos aos elementos ou níveis dos modos de produção), E. BALIBAR, *Lire le Capital*, II, 113 e *Cinco estudos...*, 11, 202, para quem a “teoria” dos “modos de produção” constitui uma “tópica” ou uma “problemática” (que orienta para a apreensão do objecto) e não uma meta-história (que antecipara as características dos mdp’s em relação à investigação empírica).

⁽⁸¹⁾ “A diferença essencial entre as várias formas de sociedade, entre, por exemplo, uma sociedade baseada no trabalho escravo e uma baseada no trabalho assalariado, reside apenas no modo pelo qual o trabalho excedentário é em cada caso extraído do productor directo”, K. MARX, *Le Capital*, I (cit. B. Hindess e P. Hirst, 184); W. KULA, *Théorie économique du système féodal. Pour un modèle de l'économie polonaise. 16^e.-18^e. siècles*, Paris-La Haye 1970,

2.2.1. A titularidade do poder de direcção do processo produtivo.

A titularidade do processo produtivo pode ser analisada a dois níveis diferentes. Um deles é o da *propriedade dos meios de produção* (titularidade formal), pois só o proprietário pode decidir da sua afectação ou não ao processo produtivo e, ao manter em exclusivo esta possibilidade de decidir acerca da utilização desses meios na produção, detém evidentemente um certo controlo sobre aquele processo. Outro é o da *capacidade de pôr em movimento o processo produtivo*, de o controlar técnica e economicamente (titularidade material). Os dois aspectos da titularidade nem sempre coincidem: por exemplo, na produção manufactureira por conta de outrem, típica dos alvares do capitalismo, a titularidade formal competia já ao capitalista, que era o dono dos meios de produção e das matérias primas, mas a titularidade material era do trabalhador, que dominava, por si só, todo o processo de fabrico⁽⁸²⁾.

a) Titularidade formal.

Quanto à titularidade formal do processo produtivo (propriedade dos meios de produção) no MPF, todos estão de acordo em que ela está na mão dos senhores feudais. Estes eram, na verdade, os detentores (tendencialmente exclusivos) da propriedade da terra, o meio de produção por excelência. Embora os juristas medievais, a partir dos Comentadores⁽⁸³⁾,

5; A. J. AVELãs NUNES, *Os sistemas económicos*, Coimbra 1975, 12 ss. B. HINDESS, P. HIRST, *Pre-capitalist modes of production*, cit., 183; E. BALIBAR, *Lire le Capital*, 94 ss. Em sentido diferente, N. POULANTZAS, *Pouvoir politique et classes sociales*, I, 8 e 20, considerando o "mdp" como uma articulação de instâncias e vendo nos elementos referidos no texto os elementos definidores da instância do "económico" (crítica em M. HARNECKER, *Os conceitos elementais...*, cit., 139 n. 10), a que se pode acrescentar que a própria organização das relações de produção contém elementos não económicos — jurídicos, ideológicos, políticos — e assina a cada uma destas instâncias o seu "papel" na organização social da produção; neste sentido a posição tomada no texto não é "economicista" — cf., neste sentido, E. BALIBAR, *Cinco estudos...*, cit., 211 ss, max. 214.

(82) Já na grande indústria, fase seguinte das formações sociais capitalistas, quer a titularidade formal, quer a material, estão nas mãos do capitalista, dono dos meios de produção e organizador do processo económico.

(83) Cf., *infra*, 460.

tenham concebido dois tipos de *dominium* (propriedade), o *dominium directum* — que competia aos senhores — e o *dominium utile* — que competia ao cultivador directo —, só o primeiro englobava os poderes económicos decisivos da propriedade, nomeadamente, o de entregar a terra a um cultivador directo ou de lha tirar. E, na verdade, embora os senhores feudais não cultivassem directamente senão uma porção da terra em geral relativamente pequena e entregassem o resto a cultivadores directos, eles mantinham sempre um direito eminente sobre a terra, nomeadamente, o direito de revogar a concessão (direito de exclusão), a qualquer momento ou decorrido um certo período de tempo⁽⁸⁴⁾.

Mas, mais do que proprietários da terra, os senhores feudais tendiam a constituir sobre ela um monopólio (expresso na máxima do direito feudal francês, *nulle terre sans seigneur*), através das concessões reais, da "presúria" pelos nobres de terras conquistadas, da redução forçada ou convencional dos proprietários livres (*alodiais*) ao estado de colonato ou de servidão⁽⁸⁵⁾. Era isto, precisamente, que lhes permitia exigir uma retribuição pelo uso da terra, a *renda feudal* (renda em trabalho — corveia —, renda em géneros e renda em dinheiro, qualquer destas últimas fixas ou parciárias); retribuição que a teoria do feudalismo tem considerado preferentemente como uma forma de extorsão directa do sobreproduto (i.é, da parte do produto da unidade económica não consumido na reprodução das condições de produção), mas que era — como iremos ver —, também e principalmente, o processo através do qual o senhor controlava o processo produtivo, i.é, através do qual assumia a sua titularidade material.

b) Titularidade material

É costume dizer-se que, no modo de produção feudal, o trabalhador directo, embora não seja proprietário da terra, controla, em contrapartida, o processo produtivo⁽⁸⁶⁾. Isto

(84) Daí que o cultivador directo fosse, em regra, um *precarista* e a terra concedida fosse por este tida "em atondo" (*in atonitu*), em prazo ou emprazamento (*in placitu*, de *placere*). V., *infra*, p. 130 ss. 128 ss.

(85) Cf., *infra*,

(86) O que obrigaria a que o processo de apropriação do sobre-produto tivesse que decorrer com recurso a meios "extra-económicos", concretamente, a meios jurídico-políticos. A formulação corrente consiste, na verdade, em dizer-

corresponde a uma visão espontânea da realidade histórica — visão que nos apresenta o cultivador directo agricultando por si a sua courela com a utilização de meios de trabalho e técnicas produtivas por ele dominadas. Mas ignora um outro aspecto, não menos efectivo, da realidade histórica. Na verdade, o cultivador directo não controla todos os elementos necessários para a produção: desde logo, não controla a dimensão da unidade de exploração, não controla a sua duração (i.é, está impedido de fazer um cálculo económico a longo prazo); pode não controlar, depois, o tipo de cultura, pois pode estar sujeito a interdições de culturas ou à prestação de uma renda em espécie que o obrigue a fazer certos cultivos e não outros; não domina, ainda, certos meios cruciais de produção (como os fornos, moinhos, lagares, eiras) que estão na posse do senhor e que o cultivador directo deve obrigatoriamente utilizar (*banalidades*), o que decerto lhe impõe certos condicionamentos e ritmos culturais; não domina o conjunto da produção regional, nem o mercado; e, por fim, não domina o processo de reprodução da sua unidade produtiva, ou seja, não pode assegurar as condições para a perpetuação do seu funcionamento nomeadamente, enquanto não se pode assegurar da continuidade na posse da terra (em virtude do carácter precário ou temporário da sua sucessão).

A esta não titularidade pelo cultivador directo da decisão sobre elementos fundamentais do processo produtivo, corresponde uma sua correlativa *titularidade do senhor feudal*.

Ao estabelecer as modalidades de concessão das terras, este decide sobre a dimensão da unidade produtiva (e, assim, sobre a

— se que, uma vez que o produtor directo detem um controle efectivo do processo produtivo e que, pelo contrário, o não trabalhador -explorador não intervém na organização da produção, este não poderia obter uma parte do produto por meios “económicos” — i.é, “como contrapartida” ou “em virtude” da sua intervenção no processo económico de produção. Assim, a sua participação no produto só seria possível através de uma forma coactiva ou, mais precisamente, jurídico-política (que interviria externa e posteriormente ao processo produtivo).

Esta posição tradicional baseia-se, sobretudo, na leitura do cap. XLVIII do *Capital*, onde K. Marx, no entanto, não está preocupado com a teorização do MPF, mas com a especificidade da renda capitalista. Para a exposição desta versão mais corrente da estrutura do modo de produção feudal, v., por todos, A. J. AVELÂS NUNES, *Os sistemas económicos...*, cit.. Para uma posição crítica (resumida na nota seguinte), B. HINDESS e P. HIRST, *Pre-capitalist modes of production*, cit., 221 ss.

sua autarcia ou dependência económica) e sobre a sua vigência temporal. Ao estabelecer as modalidades de renda: condiciona os objectivos da unidade produtiva (ao estabelecer uma renda em espécie), a possibilidade da sua reconstituição ou reprodução no termo do período económico (ao estabelecer o montante da renda), as disponibilidades em força de trabalho aplicadas na unidade de exploração (ao estabelecer uma renda em trabalho). Além disso, o senhor pode ainda impor outras condições ao processo produtivo, proibindo ou impondo certas culturas, estabelecendo monopólios de fabrico ou de venda, permanentes ou temporários (v.g., o *relêgo*, que proíba a venda de vinho antes de o senhor ter vendido o seu). Como, dispondo das maiores possibilidades económicas, podia constituir-se em monopolista de meios cruciais de produção (lagares, pisões, prensas, adegas, eiras, moinhos, fornos) ou de importantes infra-estruturas produtivas (canais, estradas, obras de irrigação, etc.). Por fim, através da produção da sua exploração directa (“reserva”, “terra indominicada”), ele pode introduzir no mercado dos produtos agrícolas um elemento de controle muito importante.

Em resumo, através dos mecanismos da renda feudal, o senhor pode controlar o processo produtivo, e isto não só ao nível da economia global da região, como ao nível de cada unidade produtiva. Assim, o senhor adquire a titularidade material do processo produtivo, enquanto que o cultivador directo a mantém de uma forma apenas incompleta e limitada. A renda funciona assim, não tanto como a forma de extorsão, por meios jurídico-políticos, do sobre-produto, mas sobretudo como a origem e o instrumento de separação do produtor directo em relação aos meios de produção e de apropriação do processo produtivo pelo não produtor (o senhor feudal)⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ A posição assumida no texto não corresponde, como já se disse, à mais corrente no campo marxista. Corresponde, antes, à recente tese de B. HINDESS e P. HIRST, *Pre-capitalist modes of production*, cit., 221 ss. Estes autores dirigem à tese tradicional algumas críticas impressionantes: A. Se se definir o MPF a partir das características do processo de exploração (intervenção de meios jurídico-políticos), a distinção entre o “modo de produção asiático” e o MPF só pode ser feito com base em características situadas ao nível das relações jurídico-institucionais (dependência/independência da classe exploradora em relação ao Estado, existência ou não de laços de dependência pessoal com a consequência de ser ao nível político, e não do económico, que era possível distinguir uns dos outros os modos de produção pré-capitalistas;

2.2.2. A apropriação e repartição do excedente social

A apropriação do excedente social fez-se, desde logo, através da cobrança da renda feudal (contrapartida directa do monopólio da terra pelas classes feudais), sob qualquer das suas formas típicas:

nomeadamente nos casos em que o MPF coexiste com uma estrutura política centralizada e com a inexistência de um estatuto de servidão (v.g., Europa dos sécs. XVI a XVIII), tanto se pode falar de MPF como de MPA (223 ss.). B. Por outro lado também seria impossível distinguir o feudalismo, como modo de *produção*, de todos os fenómenos sociais de banditismo ou de extorsão pelos chefes políticos (225). C. As críticas anteriores radicam nesta outra, de nível teórico mais profundo: tem que haver uma relação essencial entre as relações de produção e o processo de exploração, não podendo este ser considerado como algo *exterior e posterior* ao processo produtivo (230). D. A ideia de que, durante o feudalismo, a exploração não se consuma por meios económicos decorre duma transposição (ilegítima) para o feudalismo do conceito de “economia” no MPC: só no MPC é que o “direito” e a “economia” constituem instâncias autónomas do modo de produção, só aí é que a exploração se processe “naturalmente” por meios económicos e não “artificialmente” por meios políticos, só aí é que meios coactivos estão ausentes do sistema das relações económicas (onde tudo se passa sob o reino da “liberdade”, da “igualdade”, do “contrato”; no sistema feudal existe uma exploração também “económica”, só que duma economia específica desse modo de produção (230). E. Não se deve confundir, ao caracterizar o feudalismo, “dominância” do político — ideia correcta que exprime o facto de, no feudalismo, ser a instância política a estabelecer as condições das relações de exploração (nomeadamente, ao garantir à classe feudal o monopólio feudal da terra) — com a de “dominação política” — ideia incorrecta que reduziria o feudalismo a um sistema de exorção do sobreproduto pelo uso directo da força política (230 ss.). F. A estrutura política do feudalismo não é apenas um instrumento de exploração, mas sobretudo um reflexo da divisão em classes originadas pelas relações de produção (“a específica forma económica pela qual o trabalho não pago é extraído dos produtores directos determina a relação dos governantes e governados, tal como ela decorre directamente da produção em si mesma e, por seu turno esta reage sobre aquela como um elemento determinante. É a base de qualquer forma de comunidade económica, provinda directamente das relações de produção e, ao mesmo tempo, a base da sua forma política específica. É sempre na relação imediata entre o proprietário e o produtor directo... que se deve sempre encontrar o segredo mais profundo, o fundamento oculto, de todo o edifício social e, portanto, da forma política assumida pela relação de soberania e dependência, em suma, a base da forma específica assumida pelo Estado num dado período”, Marx, *Le Capital*, III, Cap. XLVII, Ed. Soc., III, 716) (231/2); só assim o Estado aparece como socialmente fundado, i.é., *fundado nas relações de produção* (e não como algo externo e posterior a essas relações).

a) *renda em trabalho*, consistindo em prestações de trabalho — certos dias de trabalho na reserva senhorial (*geiras, geira de doma*), certos serviços determinados (v.g., carros, jugos de lavra, vindimas, ceifas, consertos de muralhas, de pontes, de estradas) e, mesmo, o serviço militar; por esta forma era directamente expropriada a força de trabalho excedentária, i.é., a força de trabalho que restava depois da utilização da necessária para a reprodução das condições de produção da unidade económica. A renda em trabalho permite, nomeadamente, ao senhor manter uma área de cultivo directo (onde, por vezes, ao trabalho-renda se acrescenta o trabalho assalariado) o que, para além de o erigir em coordenador do processo produtivo na “reserva”, lhe pode dar a possibilidade de controlar o conjunto da produção do senhorio; é o aspecto, a que já nos referimos, da renda enquanto meio de apropriação do processo produtivo pelo senhor.

b) *renda em espécie* — consistindo numa quantidade, fixa ou parciária, de bens, não necessariamente produzidos no âmbito da unidade produtiva (mas também, artefactos — capas, bragaes, etc.). Por vezes, a prestação em géneros combinava-se quer com a renda-trabalho, quer com a renda-dinheiro; outras vezes, era constituída por bens de valor meramente simbólico (um coração de porco, uns ovos, meio frango). Neste último caso — frequente entre nós —, isso significa que o fundamental para o senhor feudal não era a apropriação obtida directamente pela cobrança da renda, mas outras prestações decorrentes da sua situação de *senhor*, situação a que o monopólio da terra (de que o pagamento dessa renda simbólica era a representação ideológica) dava lugar. Do ponto de vista da possibilidade de controle pelo senhor em relação ao processo produtivo, a renda em espécie era mais favorável ao senhor do que a renda em dinheiro⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ Sobre as formas típicas de renda v., por todos, B. HINDESS e P. HIRST, *Pre-capitalist mode of production*, cit., 190/1, 238/9 e 246/7; texto clássico, K. Marx, *O Capital*, III, cap. XLVII, merecendo bem uma atenta leitura dada a sua riqueza de análise. Sobre as vantagens e inconvenientes, do ponto de vista dos rendimentos, da renda em dinheiro para senhores e colonos, v. AVELINO DE JESUS DA COSTA, *O bispo D. Pedro e a organização da diocese de Braga*. I., Coimbra 1959, 277 (a propósito da redução a dinheiro, nos finais do séc. XIII, das prestações em géneros devidas à Sé de Braga).

c) *renda em dinheiro* — consistindo numa certa quantia, fixa ou parciária, em dinheiro⁽⁸⁹⁾. Supõe a existência de um mercado de bens, onde o cultivador directo venda os seus produtos e obtenha a moeda para o pagamento da renda. A renda em dinheiro, obrigando à venda da produção no mercado, permite ao senhor, através do controle deste, influir sobre o valor da produção, sobre a oferta e sobre a relação trabalho necessário/trabalho excedentário⁽⁹⁰⁾. No limite, ele pode forçar o cultivador ao endividamento e aumentar, assim, as rendas futuras através de “juros” de empréstimos (“censos”, “rendas”).

Por outro lado, as disponibilidades das somas em dinheiro assim postas nas mãos dos senhores — bem como a possibilidade de recurso directo ao trabalho das corveias — vão-lhes permitir realizar trabalhos de investimento em meios de produção (moinhos, adegas, poços), em infra-estruturas (caminhos, pontes, barcas) ou, ainda, em bens directamente arrendáveis (casas, lojas), colhendo os rendimentos correspondentes à sua utilização pelos cultivadores directos; para além de que lhes permite funcionarem como instituições de crédito (sobretudo os mosteiros), arrecadando os proventos respectivos⁽⁹¹⁾.

Como Marx salienta num texto antes citado, esta panóplia das formas de apropriação (“originária”, digamos) do excedente social pelas classes feudais cria na consciência social e nas formas jurídicas e políticas que a acompanham uma situação de subordinação ideológica, política e, finalmente, jurídica dos

(89) Sobre a diferença entre renda feudal em dinheiro (forma de apropriação do excedente) e renda capitalista (forma de distribuição do lucro ou mais valia) v. B. HINDESS e P. HIRST, *Pre-capitalist modes of production*, cit., 188 ss.

(90) É interessante notar — como exemplo da lógica alternativa do cálculo económico medieval — que anos de preços altos eram anos de pequena venda no mercado, já que o produtor só vendia o suficiente para obter certo montante (v.g., o da renda); ao contrário, anos de preço baixo, eram anos de grande oferta, pela mesma razão. Hoje a relação preço-oferta é precisamente a inversa. Cf. W. KULA, *Théorie économique du système féodal*, cit., 135 ss.; por outro lado, o valor de uma terra não era igual à capitalização do seu rendimento líquido (perspectiva capitalista, moderna) mas calculado com base na sua aptidão para sustentar uma família trabalhadora (i.e., o valor da parcela era o equivalente ao valor do trabalho em terra alheia necessário para sustentar os que viviam dessa parcela).

(91) Sobre os investimentos feudais na construção urbana, v. *infra*, 239.

cultivadores directos em relação aos proprietários da terra, situação de subordinação que constitui o elemento mais característico da estrutura jurídico-política medieval (regime “senhorial” ou, *hoc sensu*, “regime feudal”).

É esta situação de subordinação que, reagindo de novo sobre o processo de exploração — de que ela arranca —, autoriza os senhores a estabelecer uma segunda panóplia (a que poderíamos chamar “derivada”) de formas de apropriação do excedente social, estas agora apenas indirectamente baseadas no monopólio da terra e directamente fundadas na posição de domínio político e jurídico das classes feudais. Por oposição às primeiras — que a historiografia tem designado por “*senhorio territorial*” —, tem-se designado este novo tipo de formas de exploração com a expressão, algo imperfeita, de “*senhorio jurisdicional*”⁽⁹²⁾.

As prestações incluídas no senhorio jurisdicional são, naturalmente, muito diversas, baseando-se, em geral, naquilo a que nós hoje designaríamos por poderes *de carácter público* dos senhores:

a) desde logo, dando o nome ao conjunto, as prestações de natureza directamente “fiscal” (impostos, sobretudo indirectos), as remissões do serviço militar e as taxas ligadas à execução da justiça ou ao desempenho de outros serviços públicos (v.g., aferição de pesos e medidas);

b) depois, os monopólios de fabrico (v.g., sabões), de venda (v.g., sal, tabacos) ou de exploração (caça, pesca, minas);

c) finalmente, os créditos provenientes da outorga a outrem dos seus poderes anteriormente descritos (venda de ofícios, arrematação — “contratos” — de impostos ou de monopólios — “estancos”).

Se, até certa altura, a cobrança destes rendimentos pôde ser feita isoladamente por cada senhor feudal, mais tarde — com a crise das classes feudais dos fins da idade média —, passa a ser a Coroa quem, centralizadamente, se encarrega da cobrança da renda feudal sob a forma de impostos “régios”, operando a sua

(92) Sobre as noções de “senhorio territorial”, “senhorio jurisdicional” e outras complementares, com especial referência à historiografia espanhola, v. Bartolome CLAVERO, *Senorio y hacienda a finales del antiguo regimen en Castilla. A proposito de recientes publicaciones*, “Moneda y credito” 135 (Dez. 1975) 111 ss.

distribuição pelas classes nobres por formas muito variadas (tenças, moradias, doações de terras ou de juro, dádivas de cargos, etc.)⁽⁹³⁾.

Qualquer destas fontes de receita das classes feudais, no fundo, é uma forma mais ou menos indirecta de cobrança da renda feudal. Assim, elas complementam-se ao longo dos tempos, de acordo quer com a maior facilidade da sua legitimação político-ideológica⁽⁹⁴⁾, quer com a modificação das condições políticas⁽⁹⁵⁾, quer com as mutações da rentabilidade dos vários sectores da economia⁽⁹⁶⁾, quer com a evolução das técnicas de cobrança⁽⁹⁷⁾.

A generalidade destes rendimentos reverte directamente a favor da classe feudal — nobreza⁽⁹⁸⁾ e clero⁽⁹⁹⁾. Por vezes, contudo, o trânsito é menos directo: certas rendas são apropriadas pela corôa, outras pelos concelhos. No entanto, a análise das despesas públicas, quer da corôa, quer dos concelhos, dá-nos conta de que a maior parte destas somas voltava a

⁽⁹³⁾ Sobre isto, v., *infra*.

⁽⁹⁴⁾ Com a crise da estrutura ideológica do feudalismo e com a ascensão da ideologia burguesa, as prestações de tipo “contratual” tornam-se mais facilmente justificáveis do que as baseadas na “imposição”; daí que, nos finais do séc. XVIII, os senhores tentem converter as prestações “senhoriais” (forais, direitos dominicais) em prestações contratuais (remissão de foros, conversão ou falsificação dos títulos, etc.).

⁽⁹⁵⁾ Com a crise das classes feudais ocorrente no fim da idade média, as prestações aos senhores passam a ser substituídas por impostos régios.

⁽⁹⁶⁾ Com a crise da economia agrária nos sécs. XIV e XV, os senhores (e a corôa) procuram encontrar fontes de receita no sector mercantil — investimentos na propriedade urbana, tributos sobre a actividade comercial e artesã.

⁽⁹⁷⁾ Assim, por exemplo, a tendência para a substituição dos impostos indirectos — mais fáceis de cobrar, mas menos rendosos — pelos impostos directos.

⁽⁹⁸⁾ De entre as rendas atribuídas à nobreza refiram-se, pela sua peculiaridade, as apropriadas pelas ordens militares, redistribuídas pelos “cavaleiros” através de “comendas”.

⁽⁹⁹⁾ Uma parte das rendas do clero pode ser canalizada para o estrangeiro — ou seja para o Papado. Outra parte pode ser apropriada pelos senhores laicos através de institutos como as “comendas”, as “capelas” ou o “padroado” (v., “comendas”, “Morgado”, “Padroados”, “Padroeiros”, em “Dic. Hist. Port.”); outra pela corôa, a título também de capelanias ou de padroados.

ingressar nos cofres das classes feudais (a título de “contias”, de “moradias”, da fiscalidade real e senhorial sobre os concelhos — “terças”, de pagamento de serviços, de doação de cargos, de padrões de juro, de tenças). A estas se devem ainda somar as consumidas em despesas exigidas pela “lógica feudal”⁽¹⁰⁰⁾.

2.3. O direito no sistema feudal.

Numa organização social deste tipo, qual a função global do jurídico e do político?

Do ponto de vista global, a *função do jurídico e do político* é, aqui, a de estabelecer as condições para que o sistema funcione; concretamente, habilitar as classes feudais com os meios jurídico-institucionais que lhes permitam *apropriar-se da parte excedentária do produto social, nomeadamente do seu sector mais importante, o produto agrário*.

Isto supõe uma funcionalização e um controlo, a vários níveis, do aparelho jurídico-político. Vejamos, *em geral*, como isto se processava.

a) Sendo a terra o principal meio de produção, toda a constituição social e política feudal se reflecte, desde logo, no estatuto jurídico da terra. O direito tem, em primeiro lugar, de *dar cobertura à apropriação da terra pelas classes feudais* — incluindo o rei — (direito de presúria) e, idealmente, de *estabelecer o carácter universal da apropriação senhorial do sobreproduto da terra*, i.é, a impossibilidade jurídica de existir alguma propriedade isenta de prestações à classe senhorial (o que se traduzia no princípio *nulle terre sans seigneur*). Ainda que se não tenha chegado, em todo o lado, a pôr em vigor este último princípio teórico, o direito forneceu, de qualquer modo, meios de lhe encontrar substitutos na prática: por um lado, criou formas jurídicas “contratuais” através das quais os senhores se colocavam na posição de poder receber parte do produto das terras originariamente não apropriadas (v.g., a *precaria oblata*, a

⁽¹⁰⁰⁾ Cf., *infra*, p. 163 ss.

encomendação e os censos, adiante referidos); por outro lado, a ideia de “vínculo de natureza”⁽¹⁰¹⁾ ou de “senhorio jurisdicional” permitia ao rei ou aos donatários (i.é, àqueles a quem o rei doara terras com prerrogativas magestáticas) lançar tributos sobre terras livres de senhor (propriedade alodial). Com estes expedientes, de tal modo se tornava semelhante a situação de todas as terras perante a classe senhorial que é quase impossível, nas fontes da época, traçar fronteira entre terras “foreiras” (i.é, terras apropriadas originariamente pelos senhores e cedidas a camponeses mediante um foro) e terras apenas tributárias (i.é, terras camponesas alodiais sobre que impedia um tributo)⁽¹⁰²⁾.

No plano da dogmática jurídica, a existência destes direitos senhoriais de apropriação da parte excedentária do produto traduzem-se na doutrina da “divisão da propriedade” — a propriedade sobre cada parcela de terra encontra-se dividida, competindo ao senhor a propriedade eminente, ou *dominium directum* (correspondente ao seu poder de apropriação do produto excedentário), e ao cultivador a propriedade efectiva ou *dominium utile* (correspondente ao seu poder de dirigir a exploração e de se apropriar do necessário para a reprodução do processo produtivo)⁽¹⁰³⁾.

Sobre a constituição jurídica fundiária se reflectia ainda o interesse nobiliárquico em perpetuar a sua posição dominante no plano das relações agrárias, impedindo a dispersão e alienação do seu fundo de terras. Isto era conseguido, por um lado, através da proibição de alienação dos bens das instituições religiosas

⁽¹⁰¹⁾ A doutrina política medieval opõe a *vassalagem* (vínculo especial de submissão baseado num pacto de vassalagem) à qualidade de *subdito natural* (vínculo geral de submissão derivado do facto “natural” de se ter nascido na terra de certo senhor). Para a distinção, com indicações de fontes, H. GAMA BARROS, *História...*, cit., I, 155 e 319.

⁽¹⁰²⁾ Em geral, sobre toda a constituição fundiária medieval portuguesa (que se mantém durante a idade moderna), v. H. GAMA BARROS, *História...*, cit., vols. VII e VIII; em especial sobre as dificuldades de distinção de prédios foreiros e alodiais tributários, *ibid.*, VII, 277 ss., 354 ss. Para uma síntese, v., *infra*, 130 ss.

⁽¹⁰³⁾ Sobre a constituição fundiária medieval, a correspondente construção dogmática e sua interpretação sociológica, BARTOLOME CLAUVERO, *Temas de historia del derecho: Derecho comum*, Sevilla 1979², 134 ss. e A. M. HESPAÑA, *O jurista e o legislador na construção jurídica da propriedade burguesa-liberal em Portugal*, ed. pol. Lisboa 1979 (publ. impressa [resumida] em “Análise social” 61/62, 1980), II, 5.

(*amortização*) e, por outro, através da criação e progressiva extensão dum regime de indivisibilidade e inalienabilidade da propriedade nobiliárquica — os *morgados* (*morgadios* ou *vínculos*). Através dos morgados — cuja instituição estava sujeita a autorização régia (depois, do Desembargo do Paço) e era na prática reservada a nobres, só na época pombalina sendo aberta a comerciantes e industriais — o que se defendia era o património das classes feudais; inicialmente, duma dispersão ou pulverização que enfraquecesse o poder das casas nobres; depois, da sua perda, através do endividamento e da penhora, a favor dos estratos mercantis, economicamente mais dinâmicos. Do regime dos morgados deve ser aproximado o dos bens da coroa, entre nós regulado pela Lei Mental (*Ord. Man.*, II, 17; *Ord. Fil.*, II, 35), bens que também estavam sujeitos a regimes de indivisibilidade, de inalienabilidade e impenhorabilidade e de reversão à coroa⁽¹⁰⁴⁾ — e até, em certos aspectos e em certos períodos, o dos bens enfiteúticos.

b) Uma vez que nem todo o produto social excedentário era apropriado directamente pelos nobres e pela igreja, sendo antes certo que uma sua parte progressivamente maior era apropriada pela coroa — em obediência a uma lógica, já descrita, do sistema feudal —, o sistema jurídico-político devia ainda fornecer instrumentos que não só legitimassem esta função tributária da coroa, como que permitissem o retorno ou redistribuição pelas classes feudais da parte do rendimento tributário não consumido por ela. Logo, a teoria político-jurídica medieval incluiu o poder de lançar impostos como um atributo régio (como um *ius regale* — cf. *Libri feudorum*, 2, 56; *Fuero Viejo*, 1, 1, 1; *Siete Partidas*, IV, 24 e 25; *Ord. Af.*, 2, 23); depois, consagra-se em geral a isenção tributária do clero e da nobreza⁽¹⁰⁵⁾; finalmente, criam-se fórmulas jurídicas de redistribuição pelos senhores dos rendimentos excedentários da coroa — desde logo, as *contias*, tenças e *moradias*, atribuídas à principal nobreza por privilégios de nascimento, depois formas várias de retribuição, desde o

⁽¹⁰⁴⁾ v., *infra*, 382 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Para a situação em Portugal na idade média, por todos, H. GAMA BARROS, *História...*, cit., II, 220 e 345. A partir do fim da idade média começam a aparecer tributos de aplicação também a nobres (almotaçarias, sisas, quintos, meias anatas, etc.).

provimento em cargos palatinos, a doação de terras, de rendimentos de cargos, de padrões de juros, de jurisdições⁽¹⁰⁶⁾.

c) A funcionalização do direito e das instituições políticas à defesa dos interesses das classes feudais exige ainda um domínio do aparelho político pelo estrato nobiliárquico (incluindo o rei e seus funcionários) e uma exclusão do poder de todos os outros grupos sociais. Este objectivo é conseguido por diversos meios. Por um lado, impedindo o acesso aos direitos de participação na vida pública às classes não nobres. Isto foi de regra antes da erupção do movimento urbano, pois até aí a participação política (no governo central — curia — e no governo local — administração senhorial) apenas estava ao alcance dos membros das classes feudais. Mas mesmo depois, o panorama não se alterou: no plano dos concelhos, sempre estiveram excluídos de participação política significativa os estratos populares e os trabalhadores braçais (o que reservava a administração a uma camada comerciante e proprietária progressivamente nobilitada), sendo antes certo que, a pouco e pouco, a administração concelhia acabou por ser em geral apropriada pela nobreza; no plano central, exigia-se nobreza e limpeza de sangue para os ofícios mais significativos (v.g., eram obrigatoriamente nobres o Chanceler Mor, o Regedor da Casa da Suplicação, os Vedores da Fazenda, enquanto que se exigia "limpeza de sangue" para todos os cargos da administração central ou local), enquanto que, através de instrumentos ideológicos e institucionais, se foi equiparando o serviço público civil — as "letras" — ao serviço público militar — as "armas" — e, deste modo, à nobilitação; com isto se integrando os membros do aparelho burocrático no bloco

⁽¹⁰⁶⁾ Outro aspecto do suporte jurídico-político da ordem social feudal é a repressão das formas económicas contraditórias com a ordem económico-social feudal. O exemplo mais característico é o da proibição dos juros do dinheiro (*usura*), o que impedia o desenvolvimento do capitalismo mercantil; significativo é também que, não podendo impedir totalmente a actividade usurária, o direito comum a vá canalizar através do *censo* ou *compra de rendas*, através do qual o capitalista compra a renda duma terra (ou seja, dá a soma mutuada contra o direito de receber parte do rendimento de uma terra, não lhe sendo, no entanto, possível recuperar a soma em dinheiro contra a desistência da renda — proibição do censo "a retro"). Com este expediente, força-se a consolidação fundiária do capital — o capitalista torna-se num proprietário rentista e fica solidário dos interesses da camada proprietária da terra. Este

social nobiliárquico. As cortes, com os seus poderes apenas consultivos e com a representação do braço do povo nas mãos da aristocracia dos concelhos ou membros da nobreza, não constituem, como se verá, um entorse significativo ao que acaba de se dizer. Quanto ao aparelho judiciário, de grande importância nesta época de direito casuístico e particular e em que os poderes de criação jurisprudencial do direito eram muito grandes, ele não escapava em geral ao controle nobiliárquico: os juizes da terra, mesmo quando não eram nomeados directamente pelos senhores (juizes senhoriais), eram eleitos por assembleias progressivamente dominadas pela aristocracia do concelho (*honoratiores, meliores terrae*), não podendo recair a escolha em pessoas pertencentes a famílias que não tivessem "andado na governança" (cf. *Ord. Fil.*, I, 67). Os juizes letrados, quando não pertenciam originariamente ao estado eclesiástico ou à pequena nobreza rural, eram profissional e socialmente atraídos pelo bloco social hegemónico através da sua integração na "nobreza das letras" e na participação em numerosos privilégios (cf., por exemplo, *Ord. Fil.*, II, 59).

d) Finalmente, a estrutura jurídico-política legitima a imagem de hierarquização da sociedade feudal. O direito agrupa os indivíduos em "estados" ou "ordens", cada qual com o seu estatuto perante o poder político e perante os outros "estados", cada qual regido pelo seu direito especial ("foro", "privilégio"). Quando não tinham um significado directamente económico — v.g., não pagar impostos ou, pelo contrário, estar obrigado a prestações em relação a outrem — os especiais estatutos jurídico-políticos dos vários "estados" ou "ordens" tinham sempre um significado ideológico, pois repercutem a imagem duma sociedade em que cada indivíduo está amarrado a uma situação social objectiva, originária, quasi-hereditária, que lhe assigna uma certa função social e que o coloca numa situação "natural" de hegemonia ou de dependência perante os outros. No plano da estrutura das normas jurídicas, isto origina uma pulverização do direito em normas de carácter individual e

processo foi destacado por BARTOLOMÉ CLAVERO (*Prohibición de la usura y constitución de rentas*, em "Moneda y credito", 1977, 107 ss.; cf., também, *Temas de historia del derecho: Derecho comum*, cit., 129 s.).

concreto e o consequente desconhecimento ou não aceitação de um axioma fundamental do direito moderno — o tratamento igual das situações iguais⁽¹⁰⁷⁾.

O “direito desigual” (ou “privilégio”) era, portanto, a contrapartida do facto de *a desigualdade social dos indivíduos* (ou seja, a sua integração em pontos diversos da hierarquia social e do processo sócio-económico) *ser reconhecida e garantida pelo direito*; ou seja, de o jurídico e o político intervirem directamente no processo de apropriação e de distribuição do sobre-produto social.

⁽¹⁰⁷⁾ Uma das características fundamentais do direito “moderno” (i.é, do direito em vigor após as revoluções burguesas) é da *igualdade* (com os seus corolários, *generalidade e abstracção* da norma jurídica), cuja genealogia tem sido encontrada ou na necessidade de segurança e certeza dominante no sistema capitalista (MAX WEBER) ou no reflexo ideológico de condições estruturais do sistema económico (N. POULANTZAS); pelo contrário, a característica fundamental do direito feudal seria o *privilégio*, ou seja, o tratamento desigual de situações iguais (em função, como se disse, da categoria social das pessoas, do lugar onde se deu o facto a valorar, ou mesmo do arbítrio do juiz). Sobre esta distinção (que tem raízes explícitas em certas obras de juventude de K. MARX ou, em última análise, em G. F. HEGEL) U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Roma 1962. Sobre a “igualdade”, como característica fundamental do direito moderno, e a sua genealogia, N. POULANTZAS, *Pouvoir politique et classes sociales*, Paris 1971, 128-33; A. M. HESPANHA, *Prática social, ideologia e direito*, Coimbra 1972 (sep. “Vértice”, n. 340 e 341/2), 4 ss.; A.- J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973; A. KAISER, *Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1972, *maxime*, 8-39.

V

PERÍODO FEUDAL INICIAL

(Séc. III à segunda metade do séc. XIV)

1. Introdução. Sinopse do conspecto económico, social e político.

Já atrás se disse o suficiente sobre as condições económicas e sociais de que surgiu o sistema feudal. Neste momento, cabe apenas lembrar, duma forma sinóptica, o conjunto de circunstâncias que provocaram a passagem da estrutura económica, social e política do mundo antigo para o sistema social feudal. É isto que se leva a cabo no quadro da pág. 119.

2. Características fundamentais do sistema jurídico-político.

O “tipo ideal” da constituição política feudal, construído pela historiografia alemã, assenta, como já dissemos, na relação política especial ‘senhor-vassalo’, perante a qual se esbate a relação geral “Estado-súbdito”, conhecida de estádios políticos anteriores (v.g., o império romano).

⁽¹⁰⁸⁾ A bibliografia sobre a passagem da antiguidade ao feudalismo já foi indicada no capítulo anterior. Para a Península, além das referências contidas em P. ANDERSON, *Passages from antiquity...*, cit.; A. BARRERO e M. VIGIL, *Sobre los orígenes sociales de la reconquista*, Barcelona 1974; J. A. GARCIA DE CORTÁZAR, *La época medieval (Historia de España Alfaguara, II)*, Madrid 1973; L. G. VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones españolas*, Madrid 1973^s, 173 ss., 233 ss.. Para Portugal, os clássicos Herculano e Gama Barros continuam a ser os melhores, complementados, na parte económica, por Armando Castro.

Esta erupção da relação de vassalagem como laço político primordial e quase exclusivo proviera — recordêmo-lo — ou da concessão de poderes magestáticos aos senhores das terras (com a sua correspondente alienação por parte do rei), ou, pelo menos, da concessão de imunidade aos seus territórios. Para o rei, apenas teria ficado um poder directo sobre os senhores, também ele repousando em vínculos pessoais de vassalagem; em contrapartida, todas as relações políticas entre o rei e os povos habitando os territórios do reino estariam curto-circuitadas pela interposição dos senhores (excepto, claro está, nas terras sujeitas ao senhorio directo do rei).

Sendo o laço de vassalagem a única manifestação do vínculo político, era ele também quem definia os titulares de direitos e deveres, no plano político, ou seja, quem tinha personalidade política. No modelo feudal típico, a personalidade política era exclusiva ou dos “suzeranos” ou dos “vassalos” — i.é, das classes feudais —, estando a população restante remetida para o papel de “objecto” da relação política e sujeita à tutela (*tuitio*) política dos senhores das terras. Isto obtém tradução, quer no plano da participação nos órgãos de governo (nomeadamente, das cúrias)⁽¹⁰⁹⁾, quer no próprio plano semântico — quando, v.g., a expressão “povo” aparece a designar, não toda a população, mas apenas os membros das classes feudais ou das oligarquias locais.

Aquela ausência de uma vinculação política geral e directa entre o rei, o território do reino e a sua população impedia, portanto, que se falasse, nesta época, de Estado, pois este conceito, tal como hoje é entendido, consiste precisamente num *vínculo político único e geral*, ligando a *população* de um *território* a um *centro político*.

Na sua versão típica, o feudalismo — enquanto sistema político — importa ainda uma “coisificação” (*Verdinglichung*, O. Hintze) do poder político, que é concedido — como uma coisa (como uma terra, por exemplo) — pelos reis aos senhores, ficando

⁽¹⁰⁹⁾ Cf., além do que adiante se dirá sobre a participação na cúria régia, a referência do *Fuero Juzgo* à assembleia eleitoral dos reis dos estados neogóticos: “deve ser esleido con concelho de los obispos, ó de los ricos omnes de la corte, ó del poble, et non deve ser esleido de fora de la cibdat, nen de conselho de pocos, nen de vilanos de poble” (*Tit. prelim.*, III). Sobre a interferência dos fidalgos e ricos homens no governo, v. exemplos em H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., I, 160.

incorporado no seu património e podendo ser transmitido por herança. Embora esta concessão do poder político sobre os habitantes da terra senhorial fosse feita, muitas vezes, a título precário, entendia-se que a remoção do benefício pelo rei não se poderia fazer sem justa causa (como seja a traição ou o incumprimento dos deveres por parte do senhor). Esta mesma patrimonialização do poder político — que corresponde a um outro aspecto da confusão, típica desta época, entre “autoridade” e “propriedade” — estendia-se ao próprio poder do rei, que era encarado como um poder de tipo patrimonial sobre o reino, pelo que este o mencionava no testamento; e, inclusivamente, chegava a dividir o reino pelos filhos.

Como já antes se disse, esta descrição *corresponde a uma forma “típica”*, em que os traços característicos estão artificialmente realçados. É uma caricatura, não uma fotografia, da realidade. Mesmo nos territórios europeus onde a realidade mais se aproxima desta imagem, permanecem entre uma e outra diferenças significativas. Assim, mesmo para os territórios do centro europeu, a historiografia mais recente prefere falar, em vez duma dissolução do vínculo político geral, duma sua “mediatização” pelo vínculo de vassalagem⁽¹¹⁰⁾. A ideia da unidade do poder político — e, neste sentido, a ideia de “Estado”⁽¹¹¹⁾ — nunca desaparecem por completo do pensamento político europeu, tendo sempre subsistido entre o rei, por um lado, e o território e os súbditos, por outro, um qualquer laço político, fonte de direitos e deveres mútuos.

⁽¹¹⁰⁾ Cf., sobre esta correcção da historiografia alemã deste século (von Below, Mitteis) à historiografia anterior acerca das relações entre o vínculo político geral e o vínculo de vassalagem, L. G. VALDEAVELLANO, *cit.*, 407.

⁽¹¹¹⁾ Se se pode ou não falar de “Estado” no período feudal é questão que se pode pôr em planos diversos: um deles é este a que nos acabamos de referir — haverá ou não “Estado”, consoante existir ou não um laço político geral (o laço “Estado-súbdito”); outro é aquele em que a questão relevante é, antes, a de saber se o poder “político” se destaca ou não do poder “económico”, se o “Estado” emerge da “sociedade civil”, se as relações económicas se autonomizam das relações políticas. Neste sentido, nem aqui, nem durante todo o período feudal, é possível falar de “Estado”, pois o “Estado” (economicamente “neutro”, “desvinculado” do processo de exploração) é uma criação do modo de produção capitalista. V., sobre isto, B. CLAVERO, *Política de un problema*, em B. CLAVERO *et alii*, “Estudios sobre la revolución burguesa en Espana”, Madrid 1979.

Assim entre nós também.

Por um lado, e no plano ideológico, os estratos dirigentes e os estratos cultos parece terem sido sempre atraídos pela ideia de unidade do reino, a que muitos documentos medievais se referem através de expressões como “povo” (na acepção de todos os naturais do reino, embora a acepção oposta também se verifique), “pátria”, “reino”⁽¹¹²⁾. No plano da teoria política, também havia lugar para esta ideia de vínculo político geral; na verdade, os textos donde transparece com mais clareza a teoria política medieval colocavam, ao lado da vassalagem feudal (“por razon del bien fecho, e de honra”, *Siete Partidas*, IV, 25, II), a vassalagem “natural”, devida por todos os “naturais” do reino. Este vínculo, que radicava num direito de natureza — tal como os deveres para com Deus, para com os pais e para com os amos (cf. *Siete Partidas*, II, 24, 3 e 4⁽¹¹³⁾) —, criava para os súbditos o dever de honrar, servir e defender o seu senhor. Em contrapartida, fundava o direito do senhor de julgar e mandar em todos os que vivessem no seu senhorio, direito que os medievais aproximam do *merum imperium* das fontes romanas⁽¹¹⁴⁾⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹²⁾ Sobre o vínculo de natureza, L. G. VALDEAVELLANO, *Curso...*, 413; textos significativos: *Siete Partidas*, IV, 24 (2: “Diez maneras, pusieron los sabios antiguos de naturaleza. La primera, e la mejor es, la que han los omes a su señor natural: porque también ellos, como aquellos de cujo linaje descenden, nascieron, y fueron rygados, e son, en la tierra onde es el Señor”); IV, 25 (1: “Señor es llamado propriamente, aquel que a mandamiento, e poderio, sobre todos aquellos que biven en su tierra. E a esta atal deven todos llamar Señor, tambien sus naturales, como los otros que vienen a el, o a su tierra. Otrosi es dicho Señor, todo ome que a poderio de armar, e de criar, por nobleza de su linaje: e a este atal non le deven llamar Señor si non aquellos que son sus vassallos, e reciben bien fecho del. E vassallos son aquellos, que reciben honra e bien fecho, de los Senores, assi como cavalleria, o tierra, o dineros, por servicio senalado que les ayan de fazer”). Cf., ainda IV, 25, 2 e, sobre o conceito de povo, II, 10 e ss. A mesma oposição entre “vassallos” e “naturais” ocorre num texto português de 1361, transcrito no *Livro das leis e posturas*, cit., 241; cf., adjacente, p. 146.

⁽¹¹³⁾ Os passos das Partidas são claramente inspirados na distinção das fontes romanas (v.g., D.1,1) entre direito “natural” (*quod natura omnia animalia docuit*) e direito civil (*quod populus ipse sibi constituit*). Cf. IV, 24, pr. e I.

⁽¹¹⁴⁾ Cf., *Partidas*, IV, 25, 2. As fontes romanas (D. 2, 1, 3) distinguem entre *merum* e *mixtum imperium*; o primeiro é o que consiste no poder de julgar e punir (“*habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines*”); o segundo é o poder que anda conexo com as atribuições próprias de um

Por outro lado, esta ideia de que o vínculo político geral “soberano-súbdito” não era interrompido pelo vínculo de vassalagem reflectia, na verdade, a situação institucional.

Primeiro porque, entre nós, a coroa sempre reservara para si o exclusivo de alguns poderes (cunhar moeda, julgar em última instância, nomear os oficiais de justiça, dirigir a guerra e exigir de todos o auxílio bélico, receber aposentadoria dos súbditos). Ora o exercício destes direitos ultrapassava a esfera das relações entre o rei e os senhores e projectava-se sobre todos os naturais do reino⁽¹¹⁶⁾. Depois, porque o exercício dos cargos públicos nunca deixou de ser considerado como uma manifestação dum poder político supremo⁽¹¹⁷⁾, não se tendo, portanto, verificado uma sua completa patrimonialização⁽¹¹⁸⁾. Isto acontece também em relação ao próprio ofício real: não só, mesmo na alta idade média, se recordava a distinção entre o património da coroa e o património pessoal do rei⁽¹¹⁹⁾, como os nossos reis, embora referindo nos seus testamentos a deixa do reino e de bens da coroa, nunca dividiram o reino pelos filhos, como acontecera noutros reinos da reconquista⁽¹²⁰⁾.

magistrado (“*cui jurisdictio inest*”). Sobre estes conceitos no pensamento jurídico-político medieval, MARIO SBRICOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione del giurista nell'età comunale*, Milano 1969, 31 ss.; P. COSTA, *Jurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano 1969.

⁽¹¹⁵⁾ Sobre os “vassallos” e os “naturais”, H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., I, 155, 287 e 319; L. G. VALDEAVELLANO, *Curso...*, 413 s.

⁽¹¹⁶⁾ Deste facto decorriam os deveres de qualquer natural do reino em relação ao seu rei (sua corte, seus oficiais): dever de o honrar, de dizer bem dele, de o ajudar na guerra, de o aconselhar na paz (cf. *Siete Partidas*, II, 10 a 16). Este dever geral para com o rei prevalece mesmo sobre os deveres especiais de vassalagem (cf. *Siete Partidas*, II, 13, 26).

⁽¹¹⁷⁾ Cf. proémio das leis de cúria de 1211, na versão do *Livro das leis e posturas*, ed. N. E. GOMES DA SILVA, Lisboa 1971, 9: “estabeleceo juizes convem a saber que o Reyno e todos que en el morassem fossem por ele regudos e sempre julgados per ele e per todos os seus ssucessores [...]”.

⁽¹¹⁸⁾ Um dos sinais desta não patrimonialização dos cargos públicos é a proibição da sua venda, que se mantém nas Ordenações (*Ord. Fil.*, II, 46), não estando, porém, estudado o grau de efectiva observância desta norma. Aqui, existe uma dupla influência: por um lado, a ideia de publicidade dos ofícios régios, por outro a influência da proibição da venda de ofícios eclesiásticos (*simonia*).

⁽¹¹⁹⁾ Cf. *Liber judicum*, tit. prel., II e III; esta distinção esbate-se e desaparece a partir do séc. XIV, só se restaurando no período iluminista.

⁽¹²⁰⁾ Os passos mais relevantes dos testamentos dos primeiros reis de

Tem sido precisamente com base na atenuação do vínculo político especial de vassalagem e na sobrevivência do vínculo geral de submissão que os autores têm recusado ao regime político medieval português a caracterização de “feudalismo”⁽¹²¹⁾.

3. Indicação de sequência.

Apesar da unidade fundamental deste sub-período, a invasão muçulmana⁽¹²²⁾ introduz nele uma cesura que obriga a distinguir duas fases: a do reino visigótico e a dos reinos peninsulares da reconquista, nos quais se integra Portugal. De cada uma das fases nos ocuparemos nos capítulos seguintes.

VI. O REINO VISIGÓTICO

(séc. V a 711)

1. Introdução.

É no início do século V d.C. que chegam à península as primeiras vagas de povos germânicos. Em 409, os alanos, suevos e vândalos; entre 416 e 418, os visigodos, estes como aliados dos romanos. Embora os suevos tenham estabelecido, no ocidente peninsular (Entre-Douro-e-Minho e Galiza), um reino que se manteve até 585, é a presença dos visigodos que domina todo este período⁽¹²³⁾.

2. Instituições sociais.

Antes do seu assentamento na península, os povos germânicos (e também os visigodos) constituíam comunidades de tipo gentílico, organizadas em grandes famílias (*sippes*), governadas por uma assembleia geral de todo o povo e regidas por um “condutor do povo” ou “poderoso” (a que os latinos chamaram *rex*). O povo, mesmo quando assente num certo território, encontrava-se unido, não por vínculos de carácter geográfico, mas por vínculos de sangue.

Esta organização social e política de tipo “pessoal” altera-se com a aquisição pelos visigodos de um território próprio. Se, no domínio político, isto vem a dar origem a uma realidade política nova — o *reino* (por oposição ao *povo*) —, no domínio social vem colocar o problema do estatuto das populações hispano-romanas.

Portugal podem ser vistos em F. P. ALMEIDA LANGHANS, *Fundamentos jurídicos da monarquia portuguesa*, em “Estudos de direito”, Coimbra 1957, 242 ss.

⁽¹²¹⁾ V., por todos, M. PAULO MERÊA, *O poder real e as câortes*, Coimbra 1923, *maxime*, 7. Sobre as origens da ideia de “unidade nacional” em Portugal, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *A consciência nacional portuguesa*, I, Lisboa 1974.

⁽¹²²⁾ Não nos ocuparemos *ex professo* da invasão muçulmana nem do seu direito. Sobre o direito muçulmano, cf. JOHN GILISSEN, *Introduction historique...*, cit., 99; sobre as suas fontes e influência entre nós, NUNO ESPINOSA G. DA SILVA, *História...*, cit., 124 e 210.

⁽¹²³⁾ Sobre as invasões germânicas, origem dos invasores, cronologia, peripécias da ocupação e história política, v. a bibliografia indicada no final do capítulo.

Neste domínio, a evolução é nitidamente no sentido de uma rápida atenuação da oposição entre as duas comunidades e da sua progressiva fusão: fusão jurídica, com a submissão de godos e romanos às mesmas leis, possivelmente desde o *Código de Eurico* (475), mas seguramente desde o de *Recesvindo* (654)⁽¹²⁴⁾; fusão rática, com o levantamento da proibição — originária do *Código Teodosiano* (438 d.C.), embora porventura pouco observada — de casamentos entre godos e romanos (*Código de Recesvindo*, de 586 3,1,1); fusão religiosa, com a conversão de Recaredo e dos visigodos (589) ao catolicismo.

Sobre esta comunidade jurídica, rática, religiosa e politicamente unificada vai desenhar-se, agora, o sistema de hierarquização social, sistema que, substancialmente, representa uma sobrevivência do que existira durante a ocupação romana e a que a estrutura social visigoda se vem sobrepor. Assim, a classe social mais prestigiada (*maiores, potentes, nobiles, honestiores*) é constituída, quer pelos membros da oligarquia fundiária hispano-romana, quer pela aristocracia dos godos, aos quais é atribuída — nos termos de um tratado estabelecido em 418, aquando do seu estabelecimento na Aquitânia — cerca de metade das terras dos romanos. Dentro desta classe, cuja força e ascendentes sociais decorrem inicialmente da sua riqueza fundiária, destaca-se progressivamente o grupo social dos que exercem cargos administrativos ou palatinos. A um grupo intermédio, pertencem os pequenos proprietários rurais (*privati*), grupo social cuja importância vai decaindo à medida que progride a concentração fundiária. Finalmente, à classe social mais baixa (*plebs, villiores, iuniores, minores, inferiores*) pertencem a população empregue nos trabalhos do campo. A situação jurídica desta população não era homogênea: se a escravatura herdada do período anterior não desaparecera, verifica-se agora um movimento nítido para a sua substituição por um estatuto intermédio entre a escravidão e a liberdade — a servidão adscritícia (ou, simplesmente, *adscrição*), movimento

⁽¹²⁴⁾ O problema da territorialidade ou personalidade da legislação visigótica é ainda um problema em aberto. V. sínteses da questão em N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, cit., 82 ss.; A. GARCIA GALLO, *Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas*, "An. hist. der. esp." 44(1974) 343 ss.; F. TOMÁS Y VALIENTE, trad. de J. ELLUL, *História de las instituciones de la antigüedad*, Madrid 1970.

cuas origens se devem buscar, por um lado, na influência da tradição estóico-cristã, favorável à liberdade pessoal, e, por outro, nas vantagens que este novo regime trazia ao senhor da terra, pelo facto de a concessão da liberdade e a atribuição ao servo, em co-propriedade, de uma parcela de terra aumentarem a rentabilidade do seu trabalho e, sobretudo, desentusiasmarem o abandono das terras. A situação dos servos adscritos era, portanto, a de homens livres (por isso não podiam ser vendidos independentemente da gleba), ligados hereditariamente ao cultivo de uma gleba, qualquer que fosse o proprietário desta⁽¹²⁵⁾. Ao lado dos escravos remanescentes e destes servos da gleba, encontravam-se ainda — entre a população camponesa — os já referidos proprietários livres (*privati*).

Os laços de solidariedade tecidos nestas pequenas comunidades rurais institucionalizaram-se no *conventus publicus vicinorum*, assembleia de vizinhos com atribuições de regulamentação agro-pecuária e de distribuição dos bosques e prados comuns, assembleias em que alguns vêem as raízes dos concelhos medievais.

Estas várias classes sociais não vivem isoladas entre si; a própria precariedade da situação social, económica e política dos mais débeis leva-os a procurar ingressar na órbita dos mais fortes, apoiando-os socialmente, canalizando através deles as suas reivindicações sociais e obtendo a sua protecção. As instituições pelos quais isto se canalizava não diferem muito daquelas que encontramos no Baixo Império — o *patronatus*, que originariamente regulava as relações entre os libertos e o antigo dono, passa a abranger, agora, as relações entre os pequenos

⁽¹²⁵⁾ Cf. *Fuero Viejo de Castela*, I, 7, 1. À adscrição de carácter territorial somava-se a adscrição de carácter pessoal (mais tarde designada por *maladia*) a adscrição a certos cargos — que já encontramos no período romano, cf., *supra*, 75 —, agora frequente para os pequenos curatos eclesiásticos. Sobre a adscrição, ALEXANDRE HERCULANO, *Do estado das classes servas na península desde o VIII até ao XII século*, em *Opúsculos*, tom. III, Lisboa 1876, I.^a ed.; H. GAMA BARROS, *História da Administração Pública...*, cit., tom. IV; boa síntese, abrangendo a época alto-medieval, de A. H. DE OLIVEIRA MARQUES, *Adscrição*, em "Dic. Hist. Port.". Cf., por último, os dados fornecidos por M. H. DA CRUZ COELHO, *O mosteiro de Arouca do séc. X ao séc. XIII*, Coimbra 1977. Mais tarde, a adscrição atenua-se na simples "obrigação de morar", cuja violação acarreta apenas a queda em "comisso" e a consequente perda do direito à terra (cf. resíduos nas *Ord. Fil.*, II, 17).

proprietários ou os cultivadores de terras alheias e os grandes proprietários; a *clientela*, instituto que já encontrámos entre os romanos, exprime agora a vinculação pessoal dos *minores* em torno de quem os defenda. Em qualquer desses casos de *encomendação* (*incommunicatio*) o “fiel” (*fidelis*, de *fides*, lealdade) deve obediência (*obsequium*) ao senhor, adquirindo este poderes disciplinares sobre ele, representando-o em juízo, tutelando os seus filhos, etc.; por sua vez, o patrono protege-o, dá-lhe terras ou outros bens, arma-o, etc.

Tem algum interesse examinar com mais pormenor as modalidades de concessão de terra conexas com estas formas de vinculação pessoal. As suas duas formas mais vulgares são a *precaria data*, em que o senhor concede uma parcela de terra a um colono, a pedido deste; o colono (precarista) justifica o pedido com a falta de terra com que grangeie sustento, promete reverência, compromete-se ao pagamento de uma renda e reconhece o carácter precário da concessão (ou seja, o “direito de exclusão” do senhor); na outra forma, a *precaria oblata*, um pequeno proprietário entrega as suas terras a um grande proprietário, recebendo-as deste de novo, mas agora em concessão precária (i.é, deixa de ser proprietário e passa a ser precarista). Se o primeiro tipo de concessão documenta uma forma de concessão da terra pelos grandes proprietários adequada a conservar-lhes o monopólio da terra, a segunda documenta ainda uma modalidade de formação deste monopólio através da expropriação dos pequenos proprietários.

Próxima destas instituições está o *stipendium* — entrega de terras (ou géneros) em pagamento de serviços, também a título precário — instituição que, por sua vez, documenta a desmonetização da vida económico-financeira.

Com o decurso do tempo, os laços de dependência pessoal subjacentes a estas formas de concessão vão-se atenuando, pelo que elas se aproximam progressivamente de formas contratuais (i.é, em que as duas partes estão em posição de igualdade formal). A *precaria data* transforma-se no *plactium* (prazo, emprazamento ou enfiteuse) ou em contratos de arrendamento; a *precaria oblata*, em doação com reserva do usufruto. Sobre este assunto, cf. M. PAULO MERÊA, *A precaria visigótica e as suas derivações imediatas*, em *Estudos de direito hispânico medieval*. II, Coimbra 1953, 125 ss. Adiante se voltará a este tema.

3. Instituições políticas e administrativas.

Um domínio em que, ao contrário do que se passa ao nível das relações económicas e sociais, os visigodos trouxeram algo de novo, foi o das concepções e das formas políticas. Aqui, a nova

realidade — que perdurará nas instituições políticas das épocas posteriores — é o *reino* (*regnum*), entidade que, pela primeira vez na história das instituições políticas, unifica os dois elementos essenciais dos Estados modernos, o *povo* e o *território*, submetendo-os *a ambos* à mesma autoridade política (o *rei*). Em contraposição às anteriores formas políticas baseadas na comunidade de sangue e reconhecendo apenas laços políticos pessoais, o reino sublinha o carácter territorial dos laços políticos⁽¹²⁶⁾.

Consideremos, portanto, as principais instituições do reino visigodo, salientando apenas os seus traços mais gerais:

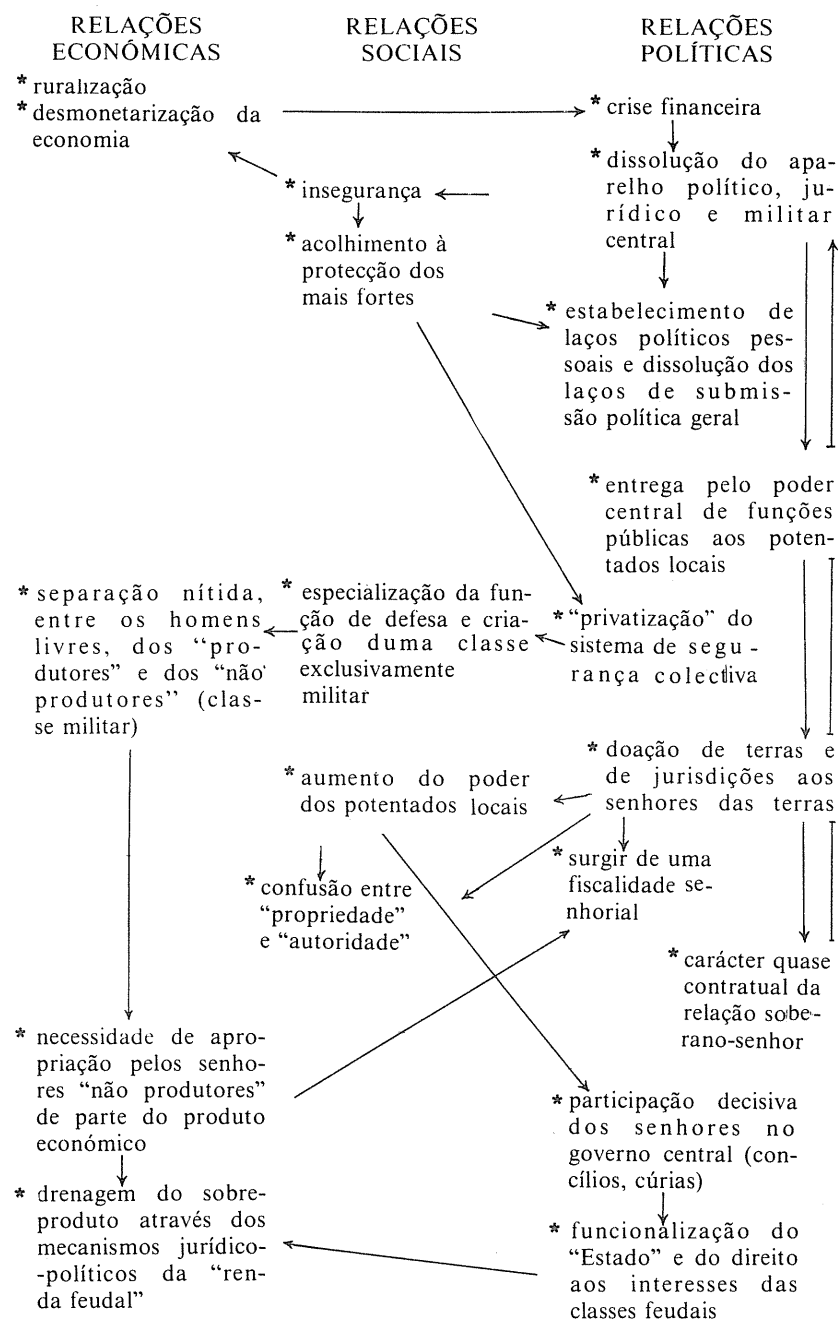
a) O *rei*. No desenho inicial dos poderes do rei visigótico confluem vários elementos: a tradição germânica, salientando o carácter pactício e limitado da realeza, as formas jurídicas romanas, aproximando os poderes e funções do rei dos magistrados provinciais romanos (cargo que, na realidade, algumas vezes foi atribuído aos chefes bárbaros pelo Império decadente) e, finalmente e sobretudo, as condições políticas das invasões, em que o rei, chefe dos exércitos dos invasores, gozava de um poder absoluto sobre a população hispano-romana que, note-se, constituía a esmagadora maioria. Daqui resulta que, até finais do século VI, o rei visigodo tende a ter um poder muito vasto, adoptando inclusivamente os atributos imperiais, o que ocasiona a decadência dos velhos conselhos de anciãos e a sua substituição por conselhos palatinos de carácter (*officium palatinum*). A partir dos finais do séc. VI, a situação altera-se. A conversão de Recaredo ao Catolicismo (589) abre a possibilidade de interferência mais directa da igreja na administração temporal, de acordo com a tendência, já verificada desde Constantino, para a confusão entre as esferas temporal e espiritual. A legislação dos Concílios de Toledo (a partir do IV, 633), o Código de Recesvindo (656),

⁽¹²⁶⁾ Ao referirmo-nos às estruturas políticas do Baixo Império, já realçamos que esta territorialização dos laços políticos se consumara praticamente na Península ainda sob o domínio romano. No entanto, mesmo durante o Baixo Império, os romanos não deixaram, em geral, de construir a cidadania como um laço pessoal; prova disso é o facto de não considerarem como cidadãs as comunidades bárbaras assentes em território romano (como, v.g., os visigodos assentes na Gália).

sobretudo o seu “título preliminar”, e, antes de mais, as doutrinas políticas de SANTO ISIDORO DE SEVILHA (560-636) selam esta orientação: o “império”, como realidade política eminente é substituído pela “igreja”, detentora do poder espiritual, ao qual o poder temporal (dos reis) deve servir (doutrina “dos dois gládios”, adoptada pelo Papa Gelásio); é este fundamento espiritual e moral, e não a mera detenção do poder de facto, que legitima o rei (*rex eris si recte facias, si non facias non eris*, proclama Santo Isidoro). Toda a questão estava, porém, em saber quem avaliava (e por que critérios) a rectidão da actuação real. Foi esta função que a igreja espanhola chamou a si, através dos bispos e dos concílios de Toledo, defendendo, por essa via, não só os seus interesses sociais e políticos, mas também os da nobreza terratenente, de quem se constituiu porta-voz. Daí a progressiva limitação do poder real frente aos senhores eclesiásticos e laicos, culminando na sua quase total dependência em relação a eles, dependência que a estrutura social e económica tornava, como já vimos (cf., *supra*, 113 ss.) inevitável. Ao nível institucional, estas concepções, combinadas com a própria força social da nobreza e do clero, levam (i) ao triunfo da electividade do rei por uma assembleia dos principais e dos bispos — sistema que se seguiu com irregularidade desde 633 (IV Concílio de Toledo, can. 75) — e à ajuramentação dos reis quanto ao respeito pela fé católica e pela justiça, (ii) à protecção da Igreja, (iii) à separação entre o património pessoal do rei e o património da Corôa⁽¹²⁷⁾.

b) A “assembleia dos principais” e os “concílios de Toledo”. Estes são os dois principais órgãos colectivos que assessoram e limitam o rei. O primeiro é — a partir de meados do séc. VII — integrado pela oligarquia laica e pelos bispos, tendo funções políticas (nomeadamente, eleger o rei) e judiciais (julgar os nobres ou os bispos). O segundo, constituído pelos bispos (mas a que assistem os potentados laicos), é uma assembleia eclesiástica e não política; mas o rei pode propor-lhe o tratamento de questões seculares (como a revisão das leis), confirmando como lei civil as suas deliberações sobre tais questões.

⁽¹²⁷⁾ Para um texto que compendie a doutrina visigótica sobre o poder real, v. o *Titulus primus* do Código Visigótico (forma *vulgata* do Código de Recesvindo).



c) *Administração central e local*. A criação do estado territorial visigótico exigiu a formação de uma máquina administrativa. As tarefas de assessoramento do rei no despacho dos assuntos correntes eram assegurados pelos oficiais palatinos, agrupados num órgão colectivo de carácter consultivo (*officium palatinum*); ao nível da administração local, a estrutura administrativa romana, baseada nos núcleos urbanos (cf., *supra* 73 ss.) foi completamente subvertida por uma administração de carácter territorial, sendo o espaço político dividido em circunscrições (*territoria*), regidas por um conde (*comes*), em que a cidade perdia não só a sua autonomia administrativa anterior, mas também todo o predomínio político-administrativo em relação às áreas rurais. De uma constelação de pequenas “repúblicas” autogovernadas (situação que, como vimos, já não corresponde ao último período da época anterior), o espaço político passa a ser constituído por uma manta de espaços territoriais dependentes de um senhor, que combinava as qualidades de terratenente com as de funcionário régio.

6. Fontes de direito e prática jurídica.

Antes da sua fixação na Gália, os visigodos regiam-se por leis pactadas nas assembleias populares. A fixação no Império e a atribuição aos (ou usurpação pelos) seus chefes das atribuições dos magistrados provinciais romanos habilita-os a promulgarem normas jurídicas (*edicta*) baseadas nessas atribuições. Mais tarde, com a constituição do reino visigótico, os reis arrogam-se poderes legislativos próprios, decalcados nos dos imperadores romanos, promulgando leis (*leges, constitutiones*), sucessivamente reunidas em códigos (Códigos de Eurico, 475, de Leovigildo, 586, e de Recesvindo ou, na sua versão medieval, *Liber Judicum*, 654). Esta legislação dos visigodos — como a dos restantes povos germânicos — estava fortemente ancorada na tradição jurídica romana, o que, se comprova o elevado grau de romanização jurídica destes povos, explica também a facilidade da sua integração com as populações hispano-romanas⁽¹²⁸⁾. No entanto,

⁽¹²⁸⁾ Daí que certos autores prefiram, a propósito deste direito, falar de direito romano vulgar (*Vulgarrecht*) a falar de direito popular germânico (*Volksrecht*). É o caso de A. d'ORS que só reconhece a especificidade do direito germânico na Europa ocidental entre os francos (cf. *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona 1960, 50).

e possivelmente pelo facto de a legislação autónoma dos visigodos não cobrir todos os domínios, Alarico II mandou recolher o direito romano ainda aplicado — que era, sobretudo, o que se achava reunido nas compilações pós-clássicas (*Códigos Gregoriano e Hermogeniano*, sécs. III-IV, e *Código Teodosiano*, 438) — numa recolha depois chamada de *Breviário de Alarico* ou *Lex romana visigothorum* (504)⁽¹²⁹⁾.

As fontes de direito visigótico, sobretudo o *Liber Judicum* e a *Lex romana visigothorum* vêm a ter grande importância na tradição jurídica europeia. O primeiro no domínio do direito constitucional dos reinos espanhóis da alta idade média⁽¹³⁰⁾; a segunda, por ter mantido viva a tradição jurídica romana e conhecidos os seus textos durante o mesmo período (i.é, até se redescobrirem os textos do direito romano clássico, na sua versão justinianeia, no séc. XII).

Descrevamos, finalmente, os traços mais característicos do sistema de produção do direito nesta época.

Em relação ao sistema romano clássico de produção do direito, a diferença principal consiste na insistente tentativa de impor a lei estadual como fonte exclusiva de direito.

Havemos de encontrar mais do que uma vez ao longo da nossa história do direito esta luta entre o poder estadual e a classe dos juristas em torno das respectivas competências normativas — o poder estadual arrogando-se o exclusivo da edição do direito (através da lei) e limitando a liberdade dos juristas na interpretação e integração do direito legislado, os juristas procurando, com base no monopólio da ciência jurídica, manter e alargar o seu poder de interpretar e integrar o direito legislado e, assim, em última análise, o seu poder de criar direito novo.

Os argumentos clássicos do poder político, nestas polémicas, são a necessidade de *certeza e segurança do direito*, comprometida pelo sem número de correntes doutrinárias, certeza e segurança sem as quais as demandas se arrastariam nos tribunais e a ordem social se subverteria. Os meios institucionais normalmente utilizados para limitar a competência normativa dos juristas são: (i) a atribuição ao

⁽¹²⁹⁾ O âmbito de aplicação e finalidade da *L.R.W.* têm sido muito discutidos. Cf., sobre o tema N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, cit., 82 ss. e bibliografia citada na nota 124.

⁽¹³⁰⁾ Em Portugal, vigora até ao séc. XII.

poder estadual do exclusivo do poder normativo; (ii) a proibição da interpretação doutrinal das leis, reservando a tarefa interpretativa para o próprio órgão legislativo (interpretação autêntica); (iii) a proibição de citar nas obras doutrinárias ou nos textos forenses outros princípios jurídicos que não sejam os contidos nas leis estaduais; (iv) a limitação pelo próprio poder estadual do corpo doutrinal utilizável pelos juristas.

Qual o significado sociológico desta competição entre o poder político e a classe dos juristas? Torna-se difícil, evidentemente, formular uma explicação de carácter global. O que se pode dizer, em geral, é que tal confronto manifesta a autonomia do “jurídico” em relação ao “político”. Secundariamente, revela a diversidade dos ideais jurídicos dos “políticos” e dos ideais jurídicos dos “juristas”, diversidade que tanto pode radicar numa diferente caracterização sociológica dos indivíduos que integram estas duas categorias sociais, como nos condicionamentos institucionais-profissionais em que cada uma delas se move.

Ainda no Baixo Império, a luta do poder estadual contra a (considerada excessiva) liberdade doutrinal dos juristas levava a tomar várias medidas: primeiro, a decidir por via legislativa muitas das divergências doutrinárias; depois, a definir, também por via legislativa, quais os juristas clássicos que poderiam ser citados e qual a sua autoridade relativa⁽¹⁸³⁾; finalmente — isto já na época justinianeia — a proibir toda e qualquer interpretação doutrinal do direito vigente⁽¹⁸⁴⁾.

Com a queda do Império e o progressivo desmoronamento da cultura clássica, o manuseamento dos textos jurídicos romanos tornou-se ainda menos acessível ao comum das pessoas. O monopólio do conhecimento do direito pelas pessoas cultas — regra geral, pelos clérigos⁽¹⁸⁵⁾ — ter-lhes-á atribuído um enorme poder social, já que ficava nas suas mãos o destino dos pleitos e diferendos jurídicos, bem como, em última análise, a regulamentação da vida social. A preocupação de quebrar este monopólio de poucos sobre o conhecimento do direito e, assim,

⁽¹⁸³⁾ É o que faz a chamada “Lei das citações” de Teodósio II (426) que proibia a citação de todos os juristas antigos, excluídos Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gaio e Modestino (preferindo, em caso de empate, a opinião, de Papiniano). Cf., ainda, *Cod. Theod.*, 1.4.3 (texto acessível em G. GALLO, *Antologia de fuentes...*, cit., 164 s.).

⁽¹⁸⁴⁾ *Const. Tanta. De confirmatione digestorum* (533).

⁽¹⁸⁵⁾ Sobre o monopólio da cultura pelo clero nas sociedades gótica e neo-gótica, cf. G. BARROS, *História da administração pública*, cit., 17 ss.

de tornar mais “transparente”, mais “certa” e mais controlável (pelos particulares e pelo poder real) a actividade dos tribunais parece ter sido a que presidiu à edição da generalidade dos códigos dos povos germânicos⁽¹⁸⁶⁾ e, finalmente, à proibição de aplicação do direito romano e, até, da interpretação doutrinal do direito visigótico⁽¹⁸⁷⁾.

De qualquer modo — como, de resto, normalmente tende a acontecer — os juristas continuaram a dispor de um dilatado poder na conformação do direito: primeiro porque pertenciam à classe eclesiástica, cujo poder social já foi descrito (*supra*, 117 ss.); depois, porque continuavam a intervir activamente na vida jurídica, nomeadamente redigindo os instrumentos notariais e, através disso, contribuindo para a criação de tipos negociais consuetudinários que acabavam por se impor aos tipos consagrados na lei⁽¹⁸⁸⁾.

7. Bibliografia

A principal bibliografia sobre a história política dos reinos germânicos na península encontra-se citada na nota⁽⁶⁶⁾, da pág.82.

Para síntese, os respectivos capítulos das histórias “de Barcelos”, de A. H. OLIVEIRA MARQUES e de J. VERÍSSIMO SERRÃO, bem como o artigo *Visigodos* do “Dic. hist. Port.” (e a bibliografia aí citada).

Sobre as fontes do direito visigótico, o estado das questões é dado nos respectivos capítulos dos manuais de história do direito, já citados, de G. BRAGA DA CRUZ e N. E. GOMES DA SILVA. O

⁽¹⁸⁶⁾ Cf. *Edictum Theodorici regis, proemio* (ut... edictis praesentis evidenter cognoscant); *L.R.W.*, 2 *Comm.* (ut omnis legum romanorum et antiqui iuris obscuritas... in lucem... resplendeat et nihil habeatur ambiguum); *Lib. iud.*, 2.1.1. (*Legum... obscuritas turbat ordines equitatis*).

⁽¹⁸⁷⁾ *Lib. iud.*, 2.1.10 (*aliene gentis legibus... ad negotiorum... discussionem... proibemus*); *Lib. iud.*, 7.5.9.

⁽¹⁸⁸⁾ Cf. *Lib. iud.*, 7.5.9; estes tipos negociais de criação doutrinal chegaram até nós através de “fórmulas” (ou seja, modelos tipo). Sobre elas, cf., por todos, G. BRAGA DA CRUZ, *História do direito português*, Coimbra 1955, 239 ss.

aspecto institucional aparece em L. G. VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones españolas...*, cit.

O Código de Recesvindo, bem como os anteriores, está editado nos *Germaniae monumenta historica* e também, mas só ele, no vol. I dos *Portugalliae monumenta historica* (donde tem sido transcrito para outras edições; v.g. a dos *Textos de direito visigótico*, Coimbra 1923, que incluem ainda outras fontes). Existe uma edição espanhola, com os textos latino e romance do *Liber iudicum* (*El fuero juzgo en latin y castellano*. Ed. da Real Academia Espanola, Madrid 1815). Outras fontes jurídicas da alta idade média, permitindo confrontos, em BRUNO PARADISI, *Esempi testuali. Raccolta di fonti giuridiche dei secoli II-XI d. C.*, Napoli 1956. M. GARCIA GALLO editou, na sua colectânea *Antologia de fuentes del antiguo derecho* (vol. II de *Manual de historia del derecho español*), alguns textos de fontes jurídicas visigóticas. O mesmo se fez, entre nós, em *Textos de direito visigótico*, Coimbra 1916.

V.II

OS REINOS NEO-GÓTICOS OU DA RECONQUISTA

(Sécs. VIII à primeira metade de XIV)

1. Introdução.

A invasão muçulmana da Hispania ⁽¹⁸⁹⁾, em 711, marca o fim do reino visigótico e — qualquer que tenha sido a sua profundidade — uma ruptura político-administrativa na maior parte do território peninsular.

⁽¹⁸⁹⁾ Não se inclui no plano deste curso uma referência autónoma ao período do domínio muçulmano na península. Disto não fique a ideia de que a organização político-administrativa da Hispania muçulmana não teve traços próprios e muito específicos ou que dela não ficaram resíduos nas futuras instituições políticas e administrativas dos reinos cristãos da península. Quanto a este último ponto, uma simples análise etimológica de termos correntes na linguagem jurídico-administrativa no-lo poderia provar (cf. *almotacé*, *alfândega*, *alcaide*, *alvazil*, *aljube*, *alcavala*, *anúduva*, etc.). Mesmo no direito privado, domínio em que os mouros concederam ampla autonomia jurídica às comunidades cristãs, a sua influência foi suficiente para o estabelecimento e supervivência de uma instituição como a “terça” (quota disponível da herança) que se manteve até 1910 (cf. M. PAULO MERÊA, *Sobre as origens da terça*, em “Estudos de direito hispânico medieval”, cit., II, 55 ss.). Saliente-se ainda a influência que esta concessão de autonomia jurídica às comunidades moçárabes teve na conservação do direito privado visigótico no seio das comunidades cristãs, nomeadamente no Sul peninsular.

Sobre a ocupação árabe da Espanha e suas consequências civilizacionais, cf., por todos, A. H. OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, cit., 51 a 55 e bibl. aí citada; J. A. GARCIA CORTÁZAR, *Historia de Espana. La epoca medieval*, cit., e bibl. aí citada. Sobre o direito árabe e suas relações com o direito cristão, M. GARCIA GALLO, *Manual de historia del derecho espanol*, cit., 349-361 e 547-568, nomeadamente; sobre o sistema das fontes de direito, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 124 s. e 210 s. e bibl. aí citada. V. ainda a bibliografia citada na n. 112 ¹²²

Muitas questões relacionadas com esta ruptura e com a subsequente expansão para o sul das comunidades políticas do norte peninsular continuam em aberto: desde logo, a de saber se o que se passa na metade meridional da península representa a intromissão de um elemento cultural estranho ou antes o produto da evolução natural das comunidades hispânicas mediterrânicas, evolução potenciada embora pela invasão de um exército mouro⁽¹⁹⁰⁾; depois, questões como a da identidade rática e política dos “reconquistadores” e das raízes sociais do seu movimento para o sul⁽¹⁹¹⁾, a da permanência da organização social, económica e administrativa nos territórios conquistados pelos mouros, a dos contactos entre as duas comunidades, etc. É importante que se tenha em conta que se trata de questões que as respostas da historiografia tradicional não encerraram, mas não é aqui o lugar de as tratar. Seja como fôr, o que aqui importa realçar é que, se se verifica um indelével corte, sobretudo aos níveis político e administrativo, entre o reino visigótico e os reinos peninsulares da reconquista, já não é tão nítido que, ao nível das relações sociais e económicas (e, até, das formas jurídicas), o mesmo corte se verifique. Ou melhor, já não é tão nítido que, a não se ter verificado a ocupação árabe, a situação sócio-económica da península tivesse vindo a ser, no fundamental, muito diferente do que foi. Não se trata de negar, em suma, que as condições da vida peninsular dos séculos VIII a XI tenham forjado novas realidades sociais, económicas, jurídicas; trata-se, isso sim, de problematizar se tais condições de vida se prendem necessariamente com a ocupação moura e a reconquista ou se, pelo contrário, não fazem parte de um movimento geral da civilização europeia que, no resto da Europa (onde os mouros não chegaram), levou a resultados sócio-económicos e jurídico-políticos fundamentalmente idênticos.

São estas considerações que levam a propor uma fundamental continuidade entre a realidade sócio-jurídica visigoda e

⁽¹⁹⁰⁾ Cf. a tese polémica de I. OLAGÜE, *Les arabes n'ont jamais envahi l'Espagne*, Paris 1969, em que o autor relaciona a ruptura cultural e política da península, não com uma “invasão árabe”, mas com um processo de distanciamento civilizacional entre o sul mediterrânico, urbano e comercial e o norte atlântico, rural, agrícola. Contra R. GUICHARD, *Les arabes ont bien envahi l'Espagne*, “Ann. Éc. Soc. Civ.”, 1974. 2.

⁽¹⁹¹⁾ V. a citada obra de M. VIGIL e A. BARBERO, *Sobre los orígenes sociales de la reconquista*, 1974.

aquela dos reinos peninsulares da “reconquista”, um dos quais é já Portugal, identidade que não exclui o reconhecimento de uma certa ruptura, formalmente marcada pela distinção entre os sub-períodos *visigótico* e *neo-gótico* ou da *reconquista*.

2. Contexto económico e social.

Já antes se sugeriu que a ocupação moura, mesmo nos territórios em que se verificou mais duravelmente, não destruiu a organização social, económica e, até, administrativa antecedente. Do mesmo modo, não parece estar provado que a estratégia dos cristãos tenha incluído a desertificação (*ermamento*) de certas zonas da extrema⁽¹⁹²⁾. Assim, toda a zona do médio, norte e centro peninsulares estaria, à data da reconquista (iniciada na zona ocidental com a campanha de Afonso I de Leão, em 751-4), ocupada por esparsos núcleos de camponeses (antigos *privati* visigodos, antigos colonos) a que a derrocada do reino e administração visigodos tinham libertado de anteriores suzeranias. O resto das terras estaria baldio ou desocupado (terras fiscais do Estado visigótico ou terras de mortos, desaparecidos, foragidos). O progresso para o sul dos asturo-leoneses vai dar a todo este acervo patrimonial novos donos. Justificando-se com os direitos de ocupação (de terras sem dono) e de conquista (de terras com dono) — *presúria*⁽¹⁹³⁾ —, os reis asturo-leoneses e os

⁽¹⁹²⁾ É a célebre questão do “ermamento” das bacias do Douro e do Mondego por Afonso I, sobre a qual se podem ver as sínteses de T. SOUSA SOARES, *Ermamento*, e ORLANDO RIBEIRO, *Povoamento*, ambas no “Dic. hist. Port.”, cit., e bibliografia aí citada. Há, ainda, quem opine — argumento aí não citado — que o aparecimento da notícia do ermamento nas fontes históricas alto-medievais (“*campos... usqued flumen Durium eremavit*”, *Chr. Albeldense*, séc. IX; cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, vol. IV, 12 ss.) poderá inserir-se numa estratégia ideológica tendente a justificar a apropriação das terras pela aristocracia asturo-leonesa (cf. J. A. GARCIA DE CORTÁZAR, *Historia de Espana Alfaguara. La epoca medieval*, Madrid 1973, 135-6).

⁽¹⁹³⁾ A *presúria* era um acto de ocupação de bens imóveis levado a cabo com a autorização do rei, que conferia ao ocupante o direito de propriedade sobre a coisa (prédio, casa, etc.) ocupada, a título hereditário, embora sob certas condições normais (habitá-la pessoalmente ou cedê-la a vizinho do mesmo lugar). Sobre a *presúria*, cf. a síntese de ARMANDO CASTRO, *Presúria*, em “Dic. hist. Port.”, ou, com exemplos documentais, a de H. DA GAMA BARROS,

seus companheiros de armas vão atribuir-se a propriedade eminente de muitas terras e instalações das zonas ocupadas. É com base nestas aquisições fundiárias que se constitui (ou reconstitui) a grande propriedade fundiária, agora na mão da aristocracia asturo-leonesa que, assim, se substitui à aristocracia visigótica. Primeiro, os *comites* asturo-leoneses (sécs. VIII a X), mais tarde os *infanções* portugueses (sécs. XI e XII)⁽¹⁹⁴⁾, desde o séc. IX os mosteiros da raia ocidental (Lorvão, Vacariça, Grijó, Pendorada, mais tarde Santa Cruz de Coimbra e Santa Maria de Alcobaça) — estes últimos protegidos por famílias condaís ou de infanções⁽¹⁹⁵⁾ — vão, entre si e a par do soberano, monopolizar as terras ocupadas.

2.1. O monopólio feudal da terra.

Este movimento para a constituição de um monopólio das classes feudais sobre a terra, longe de representar apenas a expressão das ambições individuais, corresponde à lógica do sistema feudal (cf., *supra*, 88 ss.) e a circunstância que se situam ao nível das relações sociais.

Já vimos como ao regime da escravidão se substitui, a partir do século III da nossa era, o regime da servidão adscritícia (cf., *supra*, 76 s. e 113 ss.). Este regime, que vinculava o cultivador à terra cultivada, é o dominante na península até aos sécs. X-XI, altura em que vários factores tornam difícil evitar a fuga dos servos das glebas a que estavam adscritos para outras que

História da Administração..., cit., vol. IV, 26-31, e VII, 238 ss., bem como o aditamento de T. SOUSA SOARES, vol. IV, 384. Exemplos textuais — P. M. H., *Dipl., et ch.*, doc. 5 (a. 870) e doc. 6 (id.).

⁽¹⁹⁴⁾ Sobre a oposição entre a primeira aristocracia asturo-leonesa (*condes*) e a segunda aristocracia portugalense (*infanções*), v. J. MATTOSO, *As famílias condaís dos séculos X e XI, em "Studium generale" XII* (1968-9), 60.

⁽¹⁹⁵⁾ Os mais completos e recentes estudos sobre a propriedade territorial na fase da reconquista no ocidente peninsular dizem respeito, precisamente, à propriedade monástica: J. MATTOSO, *L'abbaye de Pendorada des origines à 1160*, em "Rev. port. hist.", vol. 7.2 (1964); R. DURAND, *Le cartulaire baio-ferrado du monastère de Grijó (XI-XIII siècles)*, Paris 1971; M. HELENA CRUZ COELHO, *O mosteiro de Arouca. Séculos X-XIII*, Coimbra 1977. Pode dizer-se que esta revoada de monografias constitui, depois dos estudos dos finais do século passado, o marco mais importante para o estudo da propriedade territorial da alta idade média em Portugal.

pudessem cultivar em regime mais vantajoso. Entre estes factores avulta o progresso contínuo da reconquista e, portanto, a contínua disponibilidade de novas terras ainda sem dono onde os servos se poderiam fixar. A resposta das classes feudais a esta "fuga para o sul" dos servos foi multimoda⁽¹⁹⁶⁾; mas uma das tentativas foi a de fazer corresponder ao progresso da reconquista a imediata ocupação ou presúria das terras conquistadas. Outra foi a de acabar com a propriedade vilã alodial isenta, cuja persistência, se não perturbava grandemente o controle senhorial sobre o conjunto do processo produtivo, fornecia sempre uma possibilidade de escape para os mais explorados e, portanto, impedia que as classes senhoriais tivessem a última palavra sobre as condições de exploração⁽¹⁹⁷⁾.

A extinção da *propriedade vilã* (i.é, não nobre) *alodial* isenta começava por se fazer através da sujeição dos proprietários não nobres (*herdadores, homens bons*) ao serviço militar (*cavaleiros-vilãos*) e/ou às prestações económicas que o acompanhavam (*fossadeira, morabitino, anúduva*), transformando assim as suas terras em tributárias, embora estas se conservassem "alodiais" (i.é, fossem possuídas em propriedade plena pelos cultivadores).

Mas o movimento de extinção da propriedade livre continuava-se numa dinâmica de abolição da própria propriedade alodial. Esta transformação da propriedade alodial em propriedade "dividida" (em *dominium directum*, correspondente ao direito ao foro, e *dominium utile*, correspondente ao poder de cultivo) realizava-se por várias formas, que iam desde a extorsão até à compra. Uma das formas mais correntes de expropriação foi, no entanto, a da doação (simples ou com reserva do usufruto) a instituições religiosas⁽¹⁹⁸⁾, doações que, se algumas

⁽¹⁹⁶⁾ Outra forma de reacção (talvez a usada em desespero de causa) foi a de procurar fixar ou atrair os antigos servos através de condições mais favoráveis de trabalho, concedendo-lhes o domínio útil, precário ou hereditário, das terras (instituição do colonato livre) e estabelecendo regimes de exploração menos gravosos, quer em cartas individuais de concessão de terras (concessões *ad populandum* ou *ad laborandum*) — cf., *infra*, 130 s. —, quer em concessões colectivas (cartas de povoação, forais).

⁽¹⁹⁷⁾ Sobre a expropriação dos proprietários alodiais, cf. ARMANDO CASTRO, *A evolução económica...*, cit., vol. II, 137 ss.

⁽¹⁹⁸⁾ Das aquisições do mosteiro da Pendorada nos sécs. X e XI, a maior fonte são as doações (J. MATTOSO, *L'abbaye de Pendorada...*, cit., 108 ss.); em relação às do mosteiro de Arouca nos sécs. X-XIII, cerca de 80% das aquisições

vezes representavam a manifestação espontânea de piedade, muitas outras traduziam pressões ou exigências dos donatários; indício deste último facto é a circunstância de as terras doadas a uma instituição numa certa época terem, normalmente, uma distribuição geográfica harmónica, o que deixa supor a existência de uma “política de aquisições” por parte do mosteiro⁽¹⁹⁹⁾.

Assim, por meio dos dois processos combinados da *presúria das terras reconquistadas* e da *expropriação progressiva dos proprietários alodiais*, as classes feudais consumam o monopólio da terra, submetendo-a a toda às diversas formas de renda feudal.

O monopólio da terra — fonte quase exclusiva de subsistência — pelas classes feudais é, como se disse antes (cf., *supra*, 92 ss., o facto que permite a instituição da renda feudal. Nas fontes documentais, a justificação do pagamento da renda pelo cultivador directo deixa transparecer com relativa clareza que a renda significa o preço de acesso à disponibilidade de terras para cultivar, embora também seja apresentada como o preço da “protecção” ou como uma manifestação espontânea da piedade. Quase toda a terra passa, neste sentido, a ser *foreira* (i.é, a pagar uma renda ou *foro* ao senhorio, seja ele o rei, um nobre ou um mosteiro), embora isto se traduza em regimes diversos, quer no que respeita ao montante da renda, quer no que toca à estabilidade do vínculo jurídico de detenção da terra (*tenência*, fr. *tenure*) pelo cultivador directo.

2.2. As concessões agrárias.

Dediquemos, agora, alguma atenção às várias formas jurídicas nas quais se concretiza esta cessão da terra monopolizada pelas classes feudais aos seus cultivadores.

Já antes (cf., *supra*, 116 ss.) nos referimos às principais formas jurídicas através das quais eram feitas concessões agrárias aos colonos cultivadores no período visigótico — as duas formas

patrimoniais são doações (MARIA HELENA COELHO, *O mosteiro de Arouca...*, cit., 92).

⁽¹⁹⁹⁾ Os estudos anteriormente citados sobre os mosteiros alto-medievais referem, precisamente esta “política de aquisições”, traduzida, normalmente, na enucleação da propriedade; e não é sensato supor que a espontânea generosidade dos fiéis se dobrasse às exactas conveniências da boa administração fundiária... (cf. R. DURAND, *Le cartulaire...*, cit., XXXIV).

da precária (*data* e *oblata*). As formas alto-medievais têm sido consideradas como suas derivações.

Numa primeira linha (a mais próxima da origem) estão ainda muito nítidos os traços de submissão extra-económica do precarista; as formas mais típicas desta primeira linha são as concessões *ad laborandum* (ou *ad excolendum*) em que a concessão (individual ou colectiva) de terras já arroteadas para trabalhar era feita contra o pagamento de uma renda (normalmente parciária) e a *promessa de fidelidade pessoal*⁽²⁰⁰⁾ ou as concessões *ad populandum* (também individuais ou colectivas) em que era menor a renda das parcelas fundiárias arroteadas de novo⁽²⁰¹⁾.

Numa segunda linha, a *submissão vassalática esbate-se*, ficando apenas de pé as contra—prestações de carácter económico por parte do cessionário. Temos, então:

a) a concessão, vitalícia ou temporária, mas a título precário (o *de vestra manu habere* ou *de atonito habere* do precarista contra o *ius hereditarium* ou *de hereditate* do proprietário), de uma terra originariamente do concedente, contra o pagamento de uma renda⁽²⁰²⁾; deste tipo contratual de recorte jurídico ainda

⁽²⁰⁰⁾ “Odorio et Iuliano plazo et verbo facimus vobis Godino prior et fratribus vestris de Sancto Petro de Arauca pro parte de illa villa Penella de Sardoria que nobis dedistis ad nos pro ad vos quod plantemus et hedificemus et que faciamus vobis cum illa villa servitio et sedeamus vestros homines sine ullo conluio...” (P.M.H., *Dipl. et Ch.*, n. 690; citado por M.^a HELENA COELHO, *O mosteiro de Arouca...*, cit., 128; P. MERÊA, *A precária visigótica...*, cit., 132); um dos sub-tipos destas concessões vassaláticas é o *préstamo* (ou *prestimonium*, donde os nossos topónimos Préstamo, Préstimo, Preste), concessões em geral vitalícias de terras a nobres para remuneração de serviços prestados ao monarca ou no desempenho de cargos públicos, pelo que constituem o equivalente nacional do “feudo” (cf. “Dic. hist. Port.”, cit., v. *Préstamo* ou *Prestimónio*; M. P. MERÊA, *Lições...* (1925), cit., 85 ou *Sobre a palavra atondo*, em *Novos estudos de história do direito*, cit., 5-18).

⁽²⁰¹⁾ Sobre a tipologia das concessões agrárias, Cf. SANCHEZ-ALBORNOZ, *Contratos de arrendamiento en el reino asturo-leonés*, em “Cuadernos de historia de Espana”, 10(1948) 142-79; exemplos de diplomas nos já citados estudos de J. MATTOSO, R. DURAND, M. H. COELHO, M. P. MERÊA (*Sobre a precária...*, cit.) e, ainda, PRIETO BANCES, *La exploración rural del dominio de San Vicente de Oviedo*, em “Bol. Fac. Dir. Coimbra”, (1940) 143 ss.; como quase sempre, também, H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., vol. VII.

⁽²⁰²⁾ Exemplos textuais em M. P. MERÊA, *A precária...*, cit., “Apêndice documental”.

impreciso e flutuante decorrem, depois, a enfiteuse, o censo (consignativo e reservativo), o arrendamento e a parceria⁽²⁰³⁾;

b) a doação com reserva do usufruto, contrato pelo qual um pequeno proprietário alodial doa ao senhor a sua terra, com a condição de a continuar a explorar a troco do pagamento de uma certa renda; estamos, como se vê, perante uma derivação da precária *oblata* (cf., *supra*, 116) que dela apenas se distingue pela ausência de submissão vassalática expressa⁽²⁰⁴⁾

c) outra forma típica de concessão agrária, próxima da anterior, é a concessão, precária e contra o pagamento de uma renda, de terras compradas pelo mosteiro, concessão feita aos próprios vendedores; tratava-se de uma forma contratual em que um pequeno proprietário, apertado pela necessidade, procurava conseguir alguma quantia em dinheiro ou em géneros através da venda da sua terra a um grande proprietário, conservando, no entanto, a posse da terra, agora na situação de precarista, a troco do pagamento de uma renda⁽²⁰⁵⁾; na sua estrutura básica, este

⁽²⁰³⁾ V., sobre a história destes tipos contratuais, M. J. ALMEIDA COSTA, *Origem da enfiteuse no direito português*, Coimbra 1957, e *Raízes do censo consignativo — Para a história do crédito medieval português*, Coimbra 1961, onde fica sugestivamente realçada a função do censo como forma larvar de crédito rural (compra e venda de rendas); v. síntese em “Dic. hist. Port.”, v. *Enfiteuse e Censo* (na Adenda). Quanto à enfiteuse, vulgarizou-se no séc. XII-XIII como cessão vitalícia; só no séc. XIV apareceram os prazos em duas, três ou quatro vidas, tão comuns depois (cf. A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Introdução à história da agricultura em Portugal...*, cit., 100 ss.). O campo típico da vigência da enfiteuse era o da concessão de terras ainda por arrotear; aí, o foro não representava a contrapartida de um rendimento imediato da terra, mas apenas um símbolo do reconhecimento do senhorio directo.

⁽²⁰⁴⁾ “...Do igitur predictam hereditatem predicto monasterio tali pacto quod ego et uxor mea et filii mei teneamus illam in vita nostra et demus de illa et de alia tota quam ibi poterimus gahagnar VIII de toto fructu...” (a. 1220) (em M.^a H. COELHO, *O mosteiro de Arouca...*, cit., 355; cf., ainda, com sinais de submissão vassalática, o doc. 99, pág. 269).

⁽²⁰⁵⁾ “Ego... Gelmiro Ferreiro et uxor mea... vendimus per suffracti de alimenta ut vivere possimus, quia valde necesse fuit nobis in anno quando venit fames valida in Portugal... Et hanc venditionem... facimus ut in quantum tempore vixerimus qui inde adiutorum et helemosinam accipiamus in egritudinem et salutem et post obitum nostrum filiis vel neptis qui ibidem habitare voluerint non emtrahet inde illis...”; neste caso, trata-se de um contrato mais complexo (venda, doação *inter vivos* e *mortis causa*), simplificado para efeitos didáticos. Cf. M.^a H. COELHO, *O mosteiro de Arouca...*, cit., 226.

Este tipo contratual, bem como outras formas de censo, constituem as formas jurídicas pelas quais os potentados medievais, nomeadamente os

contrato corresponde à compra de uma renda pelo grande proprietário (ou seja, a um censo ou *Rentenkauf*).

2.3. Tipologia da situação jurídica da terra.

A partir do que acaba de ser dito é possível tentar uma tipificação das principais situações jurídicas da terra durante o período feudal. Esta tipificação — que subsistirá em geral válida até ao fim do antigo regime — acompanha de perto a que foi traçada por Alexandre Herculano⁽²⁰⁶⁾, com base, sobretudo, nos dados contidos nas *Inquirições* do séc. XIII e serve apenas como um quadro geral do regime jurídico da terra, sujeito a desmentidos pontuais, dados a flutuação do próprio vocabulário das fontes, a dissemelhança dos usos locais e o carácter inesgotável dos regimes contratuais estabelecidos acerca da terra.

a) *Propriedade nobre*. Pertencente à nobreza ou à igreja (clero secular, clero regular e ordens militares), a sua característica principal era a de estar isenta de tributos ao rei⁽²⁰⁷⁾ o que se exprimia, no plano jurídico, pela sua situação de terra “coutadas” ou “imunes”, i.é, de terra em que não podiam entrar os oficiais reais. Os três principais tipos de propriedade nobre são:

i) *Couto* — terra tornada imune por concessão expressa do rei (*carta de couto*), na qual se indicavam os limites geográficos da terra coutada e o âmbito da imunidade (que podia não se estender a todos os direitos reais, embora o significado normal da expressão *couto* correspondesse a uma isenção geral); a imunidade da terra aproveitava, quer ao nobre, quer aos que dele tivessem terras; embora estes últimos estivessem libertos apenas

mosteiros, desempenhavam na alta idade média uma função proto-bancária: empréstimos de dinheiro ou de géneros, contra pagamento de renda (hoje diríamos, “juro”) e constituição de uma “garantia” predial; as diferenças em relação à hipoteca acabam por não ser muito grandes. Sobre as formas jurídicas desta função creditícia dos potentados alto-medievais, M. J. ALMEIDA COSTA, *Raízes do censo consignativo...*, cit.; síntese em *Censo*, “Dic. hist. Port.”, (Adenda).

⁽²⁰⁶⁾ ALEXANDRE HERCULANO, *História de Portugal*, cit., VI, 181 ss. Cf., também, H. DA GAMA BARROS, *História...*, VII, 277 ss.

⁽²⁰⁷⁾ Excepção em H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., VII, 343 ss. Sobre a propriedade nobre v., adiante, 154 ss.

dos tributos régios — nomeadamente da fossadeira, salvo se esta estivesse concedida ao senhor do couto;

II) *Honras* — terras imunes em virtude, não de concessão régia, mas da qualidade nobre do seu senhor;

III) *Behetrias* — terras imunes cujo senhor era escolhido pelos próprios moradores. Trata-se de terras em que os originários moradores tinham escolhido um senhor, a quem se tinham encomendado (através de uma carta de incomuniação, próxima, na sua estrutura, da *precaria oblata*), conservando os seus sucessores o privilégio de escolher o seu senhor.

A partir do séc. XIII, a coroa tentou reagir contra a proliferação da propriedade nobre, nomeadamente contra os abusos na instituição de honras. As “inquirições” e as “confirmações”, bem como numerosa legislação dos últimos reis da primeira dinastia, documentam esta tendência para a repressão régia da propriedade nobiliárquica.

b) *Propriedade vilã.*

O regime da propriedade não nobre corresponde, inicialmente, ao estatuto social dos seus cultivadores. À liberdade destes corresponde, na verdade, a plenitude dos seus poderes sobre a terra; à servidão ou à situação de colonos, corresponde a partilha dos poderes sobre o prédio entre o senhor e o cultivador, ou seja, aquilo a que os juristas irão chamar a divisão do domínio — o *domínio directo* (porque, no sistema das acções do direito romano, protegido por uma *actio reivindicatoria directa*), correspondente aos direitos do senhor (a uma parte dos frutos, a autorizar a alienação, a cobrar uma prestação por ocasião da venda — *laudémio* — ou da transmissão por morte — *lutuosa*, a reaver o prédio por incumprimento das obrigações do colono — *comisso*); e o *domínio útil* (porque protegido apenas por uma *actio utilis*), correspondente aos direitos de cultivo do colono.

A grande sub-divisão das propriedades vilãs é, assim, a divisão entre propriedades alodiais e propriedades não alodiais apresentando, no entanto, cada uma das espécies as suas sub-espécies.

I) *Propriedades alodiais.* Estão na posse de homens livres, descendentes dos *privati* visigóticos, apenas obrigados para com o rei à prestação de serviço militar (*fossado*) — são os “cavaleiros vilãos”, “herdadores” ou “homens bons”. As suas terras são livres, no sentido de que as podem alienar e dividir livremente e

de que sobre elas não impendem foros ou rendas a ser pagas a algum senhor. No entanto, oneram-nas prestações *de carácter tributário*, substitutivas ou subsidiárias da prestação do serviço militar, nomeadamente a *fossadeira* (ou *morabitino*, eventualmente acompanhado de outros tributos ou serviços militares, como a *anúduva*). São designadas por “terras afossadeiras” ou “cavalarias”⁽²⁰⁸⁾.

II) *Propriedades em colonia.* Eram terras ou pertencentes à coroa (então chamavam-se “reguengos” em sentido lato) ou aos outros senhores e entregues a cultivadores descendentes dos antigos servos adscritos e que não gozavam, portanto, dos atributos dos homens plenamente livres, nomeadamente o de servirem militarmente a cavalo. A característica comum destas terras é a de não pagarem fossadeira e de sobre elas impenderem prestações de carácter dominial (i.é, provenientes da existência de um domínio ou propriedade eminente). Dentro desta categoria podem-se distinguir dois sub-tipos.

A propriedade cultivada por colonos desprovidos de direitos hereditários sobre a terra e, portanto, detentores de uma posse apenas precária da terra; sobre ela detinha o senhor um domínio quase pleno, aproximando-se a situação dos colonos à de simples arrendatários. Nos documentos estas terras aparecem normalmente designadas por “casais”. Pagam ao senhor uma quota parciária (1/2 a 1/4) dos frutos da cultura principal (*porção*, *ratio*, *terrédigo*) e uma quota fixa dos géneros das culturas subsidiárias (horta, pomar, gado). Por vezes, aparecem arrendadas anualmente — de S. João a S. João — por soma fixa (*estiva*, *censuria*) ou parciária a cultivadores anuais (*sanjoaneiros*). Este último regime é o próprio das terras em que não habitavam colonos (terras “ermas”) e que eram anualmente atribuídas pelos funcionários régios ou senhoriais aos que a elas se candidatassem, devendo os escolhidos pagar umas “luvas” ao concedente (*ofreção*)⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁸⁾ Sobre estas terras, v., por todos, A. HERCULANO, *História...*, cit., VI, 218 ss. e H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., VII, 353 ss. Sobre as “cavalarias”, v. AUGUSTO S. DE SOUSA BAPTISTA, *Cavalarias do Vouga*, “Arq. distr. Aveiro” 16(1950) 175-88.

⁽²⁰⁹⁾ Sobre este tipo de terras (embora só considerando a hipótese de serem reais), v., por todos, A. HERCULANO, *História...*, cit., 246 ss., 259 ss. e H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., VII, 277 ss. A origem deste regime agrário

A propriedade *foreira*, *fogueira* ou *jugadeira* era cultivada por colonos com direito a transmitirem a terra por herança (*foreiros*, *jugadeiros*, *herdadeiros del rei*, no caso de terras *jugadeiras* do rei, i.é, “reguengas”).

Nesta medida, aproximam-se das terras *afosseiradas*, delas se distinguindo, no entanto, pelo carácter dominial (e não tributário) da prestação que pagam ao senhor. Normalmente, o colono *foreiro* é obrigado a abitar a terra (a “*afumegar*”, daí “*fogueiras*”, vocábulo que ainda hoje se conserva na toponímia), sob pena de comisso. A liberdade de vender pode sofrer limitações, quer decorrentes desta obrigação de morar, quer da proibição de alienação a outros nobres ou clérigos (cf., *Ord. Af.*, II, 16; *Livro das leis e posturas*, p. 314); a partilha por herança é possível mas, normalmente, o pagamento da prestação ao senhor fica encabeçado numa das parcelas (*cabecel*, *cabeça de casal*), embora com direito de regresso em relação às restantes. As terras *jugadeiras* pagavam uma prestação fixa em proporção ao número de juntas de bois (“*jugos*”) utilizados no cultivo (*jugada*) e, normalmente, uma quota *parciária* do vinho e do linho (1/10)⁽²¹⁰⁾.

Das terras em colónia (*precária* ou *hereditária*) destacam-se aquelas cujo senhor (directo ou pleno) é o rei. São os *reguengos*, tomando esta palavra na sua acepção genérica. Neles se repercute a distinção que acaba de ser feita entre colónia *precária* e colónia *hereditária*. No primeiro caso, estamos perante os *reguengos em sentido estrito*; no segundo caso, estamos em face das terras *jugadeiras reguengas* ou *herdades del rei*. Este destaque das terras do rei justifica-se pela especialidade do seu regime, nomeadamente quanto aos privilégios dos seus cultivadores⁽²¹¹⁾.

está na transformação da adscrição no colonato livre: o colono ganha a liberdade pessoal, mas perde a garantia de estabilidade na posse da sua terra; outras provirão de presúrias que o rei tenha reservado para si (é a origem comumente indicada pelos praxistas); outras, finalmente, de terras herdadas pelo rei (a título de manaria) ou de terras *jugadeiras* (v. texto a seguir) caídas em comisso).

⁽²¹⁰⁾ Sobre as terras *jugadeiras*, por todos, A. HERCULANO, *História...*, cit., 269 ss. e H. DA GAMA BARROS, *História...*, VII, 319 ss.

⁽²¹¹⁾ Cf. *Ord. Af.*, II, 13; 27; 29; 46; 56. Sobre os privilégios dos *reguengueiros*, H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., VIII, 143 ss.

c) Propriedade dos concelhos e bens comuns.

O surgir dos concelhos deu origem ao aparecimento de novas formas de apropriação do solo ou, pelo menos, deu uma nova forma jurídica a antiquíssimos modelos sociais de utilização da terra.

A primeira categoria de terras dentro dos *alfozes* *concelhos* é a das terras atribuídas a título individual, perpétuo e hereditário aos seus habitantes, mediante certas contra-prestações contidas no foral. A inexistência de direito de preferência do senhor no caso de alienação e a frequente inexistência de *laudémio* aproximam estas terras da propriedade *alodial* sujeita apenas a ónus tributários (terras de *ius privatum salvo canone*), a que antes nos referimos; embora, em alguns forais, o seu desenho se aproxime mais das terras *enfitêuticas*, por existirem direitos do senhor no caso de venda⁽²¹²⁾. Algumas destas terras estavam já apropriadas nestes termos antes da constituição do concelho, pelo que o foral se limitou a reconhecer situações pertencentes à tipologia referida nas *alíneas* anteriores.

Outra categoria era a das terras pertencentes à coroa e que esta tenha continuado a reservar para si mesmo depois da constituição do concelho. Eram os *reguengos* do concelho, sujeitos aos regimes antes referidos para os *reguengos* em geral, e cujos moradores gozavam de determinados privilégios em relação aos deveres dos vizinhos para com o concelho⁽²¹³⁾.

Finalmente, a categoria específica era a das terras apropriadas colectivamente pelos concelhos, que nos forais aparecem designados por “*baldios*”, “*matos*” e “*pegos*” (além, eventualmente, dos rios e nascentes, paúis e veios de metais e de barro). A sua propriedade é dos concelhos e sobre elas impendia um direito colectivo de uso, traduzido no direito de apanhar lenha, de caçar e pescar, de trazer gados a pastar⁽²¹⁴⁾. No entanto, desde os tempos mais recuados que este direito das comunidades estava sujeito a *usurpações*: ou por parte do senhor da terra (eventualmente também das oligarquias municipais), que se apropriava destas terras e as dava de arrendamento ou de foro a

⁽²¹²⁾ Sobre estas terras e sobre a sua natureza *alodial* ou *enfitêutica*, H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., VIII, 17 ss. (*maxime* 17 s., 42, 55, 96).

⁽²¹³⁾ V. H. DA GAMA BARROS, *História...*, VIII, 135 ss.

⁽²¹⁴⁾ Mais tarde, os montes *maninhos*, os veios de metal, os rios, são considerados como direitos reais.

cultivadores individuais, ou dos próprios concelhos, que os aforavam a particulares para obter receitas (“rendas do verde”, que englobavam também as rendas de pastagem pagas pelos criadores de fora do concelho que tivessem neste os seus gados a pastar). Mesmo sobre a propriedade individual alodial impendia um direito colectivo aos pastos, do qual apenas estava isenta a propriedade coutada, pelos funcionários concelhios ou reais (“couteiros”, “juizes das coutadas”), a favor do proprietário⁽²¹⁵⁾.

2.4. O domínio senhorial.

A historiografia alemã e, na sua esteira, a historiografia espanhola costumam distinguir, ao tratarem dos direitos das classes feudais, entre o “senhorio territorial”, no qual se englobariam os direitos do senhor da terra enquanto “proprietário”, e o “senhorio jurisdicional”, no qual se compreenderiam os seus direitos enquanto titular de poderes soberanos (doados pelo rei). Esta distinção é comoda do ponto de vista didáctico; por isso a utilizamos. Mas a sua adopção não deixa de representar um risco: o de projectar sobre o passado uma distinção que então não tinha grande sentido (só o tendo ganho na época moderna, nomeadamente, com o pensamento político iluminista e revolucionária) — a distinção entre “propriedade” (e direitos daí decorrentes) e “autoridade” (e direitos dela derivados)⁽²¹⁶⁾.

Feita esta reserva, poderemos, no entanto, orientar a exposição de acordo com esta arrumação tradicional da matéria.

a) O “senhorio territorial”.

O que acaba de ser dito habilita-nos a ter uma ideia do que seria a estrutura económico-administrativa de um domínio senhorial.

⁽²¹⁵⁾ Sobre os bens concelhios v., por todos, H. DA GAMA BARROS, *História...*, VIII, 17 ss., 135 ss. e IX, 187 ss. Para bibliografia mais recente, o art. *Bens comunais* de A. H. OLIVEIRA MARQUES, em “Dic. hist. Port.”.

⁽²¹⁶⁾ Para a crítica da distinção (em Espanha posta em curso por SALVADOR DE MOXÓ, *Los senorios. En torno a una problemática para el estudio del régimen señorial*, “Hispania” 24[1964] 185-236, 339-430), F. TOMÁS Y VALIENTE, rec. a S. Moxó, *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid 1965, em “An. hist. der. esp.” 75[1965] 590, e BARTOLOMÉ CLAVERO, *Señorio y hacienda a finales del antiguo régimen en Castilla*, “Moneda y crédito”, 135[1975] 111.

Não se tratava, necessariamente (o normal era precisamente o contrário), de uma extensão territorial contínua. As actuais reconstituições da estrutura geográfica dos domínios senhoriais⁽²¹⁷⁾ dão-nos antes a imagem de uma constelação de unidades agrárias, maiores (*villae*, *quintanas*) ou menores (*casales*, *hereditates*, *leiras*)⁽²¹⁸⁾, dispersas por uma zona territorial circundante da cabeça do senhorio (*palatium* ou *palatium*, daí os topónimos “Paço” e “Paçô”), embora a política dos senhores fosse a de concentrar as suas unidades agrárias em torno de uns quantos núcleos, submetidos à administração económica (sobretudo cobrança das rendas) de um *mordomo*⁽²¹⁹⁾.

Ao que parece, apenas uma pequena parte destas glebas era explorada directamente pelo senhor (*reserva senhorial* ou *terra indominicada*⁽²²⁰⁾), com recurso, quer ao trabalho de escravos mouros (pouco numerosos), quer a um número não muito elevado de trabalhadores assalariados (*cabaneiros*), quer, sobre-

⁽²¹⁷⁾ V. mapas incluídos nas obras citadas na nota 195.

⁽²¹⁸⁾ Sobre a designação das unidades agrárias, v., por último, A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Introdução à história da agricultura em Portugal. A questão cerealífera durante a Idade Média*, Lisboa 1968, 106 ss.. Sobre a ocorrência de topónimos daqui derivados, v. a síntese de O. RIBEIRO, *Povoamento*, em “Dic. hist. de Portugal”.

⁽²¹⁹⁾ Nos senhorios eclesiásticos este administrador local era, muitas vezes, o cura de uma pequena igreja rural; a hierarquia da administração económica decalcava-se sobre a hierarquia da administração espiritual (“administração obedencial”, como lhe chama R. DURAND, *Le cartulaire...*, cit., XLVII).

⁽²²⁰⁾ Todas as citadas monografias sobre domínios fundiários alto-medievais em Portugal realçam o carácter limitado da reserva senhorial, sugerindo ser esta a regra no ocidente peninsular (cf. R. DURAND, *Le cartulaire...*, cit., XLVIII; J. MATTOSO, *L'abbaye de Pendorada...*, cit., 111; M.^a H. COELHO, *O mosteiro de Arouca...*, cit., 127/8; C. SANCHEZ-ALBORNOZ, *Contratos de arrendamiento en el reino asturo-leonés*, em “Cuad. hist. Espana”. 10[1948] 143; cf., no entanto, ARMANDO CASTRO, *A evolução económica...*, cit., vol. II, 192 ss.). Como refere R. DURAND (loc. cit.), a razão da pequenez da reserva estaria na dispersão da propriedade foreira que dificultava a reunião de um rancho de trabalhadores suficiente para a cultura de uma reserva extensa; o recurso a trabalho escravo em larga escala estava, por outro lado, dificultado por razões de ordem religiosa ou ideológica (proibição de escravização de cristãos); por fim, as condições gerais da vida económica (ausência de economia monetarizada, inexistência de escoamento mercantil dos produtos, incapacidade de gestão de grandes explorações directas) não tornavam ainda viável ou estimulante o recurso ao trabalho assalariado que, de qualquer modo, parece ter existido em pequena escala.

tudo, aos dias de trabalho que os colonos das terras foreiras eram obrigados a dar periodicamente (fr. *corvéés*, entre nós, *geiras* — *angeiras*, *engeiras* —, sendo a mais vulgar a de um dia por semana — *geira pro doma*)⁽²²¹⁾.

A parte restante estava distribuída em “casais” entregues, segundo as modalidades antes referidas (cf., *supra*, 130 ss.), a famílias de colonos, alguns ainda ligados hereditariamente à gleba, os restantes já livres, embora ligados ao senhor por laços de vassalagem pessoal (*homines de benefactoria, malos*). Cada um destes casais *estava obrigado* — note-se o carácter real (i.é., inerente ao prédio e não ao cultivador) em regra assumido por estas obrigações (*res servit personae, persona servit rei*)⁽²²²⁾ — a certas prestações em relação ao senhor, *decorrentes estas da sua qualidade de proprietário eminente*⁽²²³⁾. Desde logo, uma prestação certa (*direituras, miunças, jugada*) ou parciária (*porção* ou *terrédigo*) em géneros ou dinheiro; depois, as prestações em serviços de vários tipos (desde as já referidas *geiras* até serviços diversos de carácter económico — fazer carretos, cortar lenha ou mato, etc.). Com os tempos, as sucessivas partilhas *mortis causa* do senhorio directo das terras deram origem a um parcelamento, não da sua entidade fundiária, mas da sua renda, pelo que a mesma parcela pagava, frequentemente, rendas parciárias a vários senhores⁽²²⁴⁾; em contrapartida — e como já vimos — era frequente que a partilha do domínio útil não originasse uma divisão da renda pelos novos prédios, antes ficando um deles (*cabece*) obrigado ao pagamento de toda a renda; o que enreda a propriedade rústica numa meada inextricável de obrigações feudais⁽²²⁵⁾.

⁽²²¹⁾ Sobre as *geiras*, cf., por todos, ARMANDO CASTRO, *A evolução económica de Portugal...*, cit., vol. II, 316 ss. Sobre os “cabaneiros”, A. HERCULANO, *História...*, VI, 290 e H. DA GAMA BARROS, *História...*, VIII, 313.

⁽²²²⁾ Estas servidões pessoais distinguem-se, portanto, quer das servidões reais dos nossos dias (*res servit rei*), quer das relações obrigacionais, em que a figura do devedor é directamente designada (e não indirectamente, i.é., através da qualidade de detentor de certa terra).

⁽²²³⁾ Há ainda outras, como veremos de seguida, que decorrem da sua qualidade de suzerano.

⁽²²⁴⁾ O mosteiro da Pendorada só possui, em relação a metade das suas terras, fracções de rendimento (cf. J. MATTOSO, *L'abbaye de Pendorada...*, cit., 112).

⁽²²⁵⁾ Sobre as formas e montantes da renda feudal, ARMANDO CASTRO, *A evolução económica...*, cit., vols. II e III (*síntese em Renda*, “Dic. Hist.

b) O senhorio jurisdicional.

Embora radique, muitas vezes, na extorsão e no abuso, o exercício de direitos magestáticos pelos senhores decorre de concessão régia. Levados pela necessidade de premiar os seus vassallos por serviços prestados, os reis peninsulares não só lhes atribuíam terras, como, por expressa carta, lhes concediam o privilégio de poder impedir a entrada nelas dos oficiais régios, nomeadamente dos encarregados da tributação, da justiça e do alistamento militar. A esta terra isenta da jurisdição régia chamava-se, então, *couto*: no tempo de D. Dinis define-se o acto de coutar uma terra como “escusar os seus moradores da hoste e do fossado, do foro e de toda a peita”. Desta isenção ou *imunidade* decorria, para o senhor, a possibilidade de se substituir ao rei, não só na cobrança das prestações inerentes ao poder real (penas pecuniárias, remissões do serviço militar real, dias de trabalho em obras públicas civis ou militares, etc.), como no exercício da justiça (embora, entre nós, o rei sempre tenha reservado para si a punição de certos crimes mais graves e, de qualquer modo, a justiça de segunda instância ou apelação e a *correição*)⁽²²⁶⁾.

Do ponto de vista económico, o senhorio jurisdicional constituía uma fonte apreciável de rendimentos, capaz de suprir as insuficiências do senhorio territorial. Habilitava o senhor a cobrar certos impostos (*portagens, açougagens*), penas pecuniárias (*peitas, coimas*), remissões do serviço militar (*fossadeira*), a beneficiar de dias de trabalho para reparação dos castelos (*anúduva*) e a utilizar serviços variados prestados pelos seus vassallos (*jantar* e, nomeadamente, a *aposentadoria*, a oprimente obrigação de alojar o senhor e o seu séquito, contra a qual as queixas eram contínuas). Além disso, amparado pelo seu poder político, o senhor reservava-se ainda o monopólio (fr. *bann*, equivalente ao nosso “couto”, daí, direitos *banais*) de certos meios de produção (moinhos, fornos, prensas, lagares ou, mesmo, de certas outras instalações, como pontes, lojas,

Port.”) e A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Introdução à história da agricultura...*, cit., 102 ss.. Segundo este último, o montante da renda oscilava entre 1/10 (terras alodiais) e 7/10 (certas terras reguengueiras) do produto agrícola bruto.

⁽²²⁶⁾ V., *infra*, 292 ss.

mercados), impondo aos seus utilizadores o pagamento de uma taxa (*eirádiga*, *lagarádigo*)⁽²²⁷⁾.

Não está feita, entre nós, a comparação dos montantes da renda que, por estas duas vias, advinham ao senhor feudal. Tendo em vista a realidade espanhola, alguns autores pensam que a importância do senhorio jurisdicional foi tanto maior quanto menor era o controlo económico e, portanto, menor era o proveito que, por meios puramente económicos, se podia extrair do senhorio territorial⁽²²⁸⁾.

Esta asserção confirmaria o que antes se disse sobre a função do jurídico e do político no sistema feudal (cf., *supra*, 101 ss.): isto é, que a apropriação da renda feudal por processos jurídico-políticos, em vez de representar a característica central do feudalismo, representa antes a sua não consumação (o seu carácter incompleto)⁽²²⁹⁾. Daí o carácter cada vez mais rotundo da armadura jurídica da exploração feudal à medida em que os fundamentos económicos do feudalismo se vão rompendo.

3. Governo e administração.

Os traços, antes destacados, da organização social e política dos reinos da reconquista têm inevitáveis consequências ao nível da organização do poder político. Assim, uma das linhas de força da organização política é a da limitação do poder real, ganhando a constituição política características que a aproximariam de uma “república” ou confederação de grandes senhores (sobretudo, entre nós, senhores eclesiásticos) que não só eximiam largamente as suas terras à jurisdição real (cf., *supra*, 138 ss.) como intervinham decisivamente no governo e na administração

⁽²²⁷⁾ V., por todos, ARMANDO CASTRO, *A evolução económica...*, cit., vol. II, 326 ss.

⁽²²⁸⁾ Cf. J. A. CORTÁZAR, *Historia de España. La época medieval*, cit., 227 ss.

⁽²²⁹⁾ Exemplo didáctico é o das “banalidades”, que parece representarem um substituto jurídico-político de um insuficiente controle económico dos meios de produção fundamentais. Outro é, entre nós, o do relêgo, privilégio de comercialização do vinho senhorial. O feudalismo “jurídico” seria, então, um estágio de chegada e não de partida; em sentido próximo J. M. PÉREZ-PRENDES, *Cortes de Castilla*, Barcelona, 1974, 23 s.

central, através da detenção de cargos palatinos e da participação no conselho real (*cúria*).

Só a permanência de algumas tradições políticas visigodas (sobretudo no que estas tinham recebido, ao nível institucional e ideológico, da tradição política imperial), casadas com o reflexo ideológico do papel político-militar do rei nos reinos da reconquista, garantiram à instituição real o peso político efectivo e autónomo que ela finalmente vem a ter e que não deixará de desenvolver nos séculos seguintes.

3.1. O rei.

O que acaba de ser dito reflecte-se, antes de mais, no estatuto político do rei.

Do ponto de vista doutrinal, a posição do rei é definida, nesta fase anterior ao recebimento da escolástica e do direito romano, pelos textos dos padres da Igreja (nomeadamente, Santo Ambrósio — 340-397 —, Santo Agostinho — 354-430 — e S. Martinho de Dume — ?-579), sintetizados e reelaborados por SANTO ISIDORO DE SEVILHA nas *Etimologias*, cuja suma acerca do direito e do poder político fora incluída no “título preliminar” da *forma vulgata* do *Código Visigótico* (*Liber iudicum*). As linhas de força desta concepção doutrinal são: (a) a ideia de que o poder deve ser exercido em proveito de Deus e dos povos (poder como *ofício*)⁽²³⁰⁾; (b) a ideia de que, deste modo, há limites para o poder, ultrapassados os quais o poder se transforma em tirania⁽²³¹⁾; (c) a ideia — em parte decorrente, em parte concorrente,

⁽²³⁰⁾ “Deus concedeu a preeminência aos príncipes para governo dos povos... Por tanto, o principado deve ser proveitoso aos povos, não nocivo; não deve oprimir, mandando, mas ajudar, condescendendo, para que verdadeiramente seja útil este poder insigne” (S. ISIDORO, *Libri sententiarum*, 3, 49); esclareça-se que, para S. Isidoro, o conceito de “povo” se opõe ao de “plebe” ou “vulgo”, compreendendo sobretudo os mais poderosos (cf. *Etimologias*, 9.4. 5 e 6).

⁽²³¹⁾ “El rey ye dicho [assim] de regnar piadosamente... Doncas faciendo derecho el rey, deve aver nomne de rey; et faciendo torto, pierde nomne de rey. Onde los antigos dicen tal proverbio: “Rey serás si fecieres derecho, et si non fecieres derecho, non serás rey” (S. ISIDORO ou Tit. prel. *Liber iudicum*, na versão medieval do *Fuero Juzgo*). “É justo que o príncipe obedeça às suas leis... há-de guardar as suas leis e não pode violar os direitos que institui para os súbditos” (S. ISIDORO, *Libri sententiarum*, 3, 51).

com as anteriores — de que a instituição real participa da magestade divina, já que os reis são colocados à frente dos povos pela providência de Deus, sobretudo para evitar a tendência do homem para o pecado⁽²³²⁾.

Estas são, assim, as concepções doutrinárias que irão estar na base do desenho da instituição real em Portugal na alta idade média e que aflorarão aqui e ali⁽²³³⁾, justificando sobretudo, a vinculação do rei às regras do bom governo e aos foros dos povos (que, nesta época, se confundem — na linha isidoriana, cf., *supra*, 143²³⁰ — com os foros das classes feudais); vinculação que legitimava a deposição do rei, quando este reiteradamente se afastasse da justiça e ofendesse os direitos dos vassallos⁽²³⁴⁾, como aconteceu com D. Sancho II⁽²³⁵⁾. Fazendo com elas contraponto,

(²³²) “... diz o Apóstolo “não existe poder senão de Deus”, ... com o que aparece claro que o bom e mau poderes são ordenados por Deus; o bom estando propício, o mau irritado. Quando os reis são bons, são de Deus; mas quando são maus, são-no pelos crimes do povo...” (S. ISIDORO, *Libri sententiarum*, 3.48.10-11); “... é uma maldade pôr em dúvida o seu [dos reis] poder, pois a eles está delegado o governo pelo juiz supremo” (*Lib. iud.*, tit. prel., 18.). Esta citação, como as anteriores, são extraídas de A. GARCIA-GALLO, *Antología de fuentes del antiguo derecho*, cit.). Sobre as concepções políticas da alta idade média, no que respeita aos atributos do rei, v., em síntese, R. e A. CARLYLE, *Il pensiero politico medievale*, trad. it., Bari 1956, 230-259 e O. GIERKE, *Political theories of the Middle Ages*, trad. ingl., Cambridge 1938, 30-37.

(²³³) Cf. Foral de Tomar (1174) “... porque Deos todo poderoso direito juiz encomendou a todollos usantes poderio na terra reger os povos a si sometidos em justiça e em igualdade...”; cf., ainda, forais de Pombal (1176), Torres Novas (1190), Ourém (1217) (*P.M.H., Leges*).

(²³⁴) “Vassallo” tem, nesta época, um significado mais restricto, applicando-se apenas às classes feudais — (cf. J. SANTA ROSA VITERBO, *Elucidário...*, II, 625 b e, para os reinos de Leão e Castela, a detida análise de H. GRASSOTTI, *Las instituciones feudo-vassallicas en León y Castilla. I (El vassalaje)*, Spoleto 1969, 33-107, que também dá conta da generalização semântica da palavra, a partir do século XII-XIII) — aquelas, precisamente, que reivindicavam o *Liber iudicum* (de onde estas ideias de limitação do poder real em parte decorriam) como seu estatuto próprio (cf. Lei de D. Afonso II, *P.M.H., Leges et cons.*, vol. I, 180).

(²³⁵) “... mais ouve [D. Sancho II] maos conselhos e depois de alli em diante non foi justioso ... E os bispos, e arcebispos, e os abbades leitos, e os principes e todollos outros prellados da Santa Egreia ouveram conselho, e concordaram de enviar dizer isto ao Papa ... e disseram no ao Papa que nom aviam justiça nenhuma, e que a nom fazia el rey dom Sancho. E disse o apostolico: qual Rey quiserdes filhar tal filhade, que seja natural do Reyno, e que saiba fazer justiça ...” (*Crônicas breves de Santa Cruz de Coimbra, P.M.H.*,

e amparando, portanto, a supremacia do poder real, não deixa de estar a ideia dos direitos hereditários e de conquista que os reis de Portugal tinham ao trono, ideia que transparece de muitas fórmulas documentais e que, na própria crise política de 1245, é também evocada pelos defensores de D. Sancho II⁽²³⁶⁾.

Foi, de resto, esta última ideia que legitimou a fórmula hereditária de transmissão da corôa que, desde o início da monarquia portuguesa, foi de regra, embora seja também certo que D. Afonso Henriques, talvez para prevenir futuras disputas, associou ao governo, nos últimos anos da sua vida, o seu filho⁽²³⁷⁾.

Apesar de todas as limitações doutrinárias e sócio-políticas, o poder real era bastante dilatado, o que decorria da dupla posição do rei como supremo chefe militar e como grande proprietário territorial. Ao rei competia, nomeadamente, fazer leis, administrar a justiça suprema, cunhar a moeda (e, consequentemente, alterar o seu valor em relação ao padrão metálico)⁽²³⁸⁾, exercer o padroado sobre inúmeras instituições eclesiásticas⁽²³⁹⁾, dirigir a guerra⁽²⁴⁰⁾.

Scriptores, vol. I, 23-32, 31 b). Sobre este assunto, CARDEAL SARAIVA, *Memoria sobre a deposição de Elrei D. Sancho II*, em *Obras completas*, t. I, Lisboa 1855, 65-87. Síntese em J. VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal. 1080-1415*, Lisboa 1977, 130 ss.

(²³⁶) Sobre este e outros aspectos da teoria política alto-medieval, v. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *A consciência nacional portuguesa*, I, Lisboa 1972. Na crise de 1245, o bispo de Lisboa ter-se-á dirigido ao Papa mostrando a injustiça de se tirar a um rei o reino “que houve de seus antepassados, e que tem acrescentado tanto”.

(²³⁷) Sobre a realza da alta idade média em diante, v., por todos A.S.S. COSTA LOBO, *O rei*, em “Anais das bibliotecas e arquivos de Portugal” I(1915) 58-118-167-222; M. PAULO MERÊA, *O poder real e as côrtes*, Coimbra 1921; F.-P. ALMEIDA LANGHANS, *Fundamentos jurídicos da monarquia portuguesa*, em *Estudos de Direito*, Coimbra 1957, 225-356.

(²³⁸) A faculdade do rei de desvalorizar a moeda, alterando a sua relação com o padrão metálico (ouro ou prata) era designada por *quebra da moeda*; como este expediente régio causava grandes prejuízos aos súbditos, sobretudo aos comerciantes internacionais, estes preferiam, por vezes, “comprar” ao rei a estabilidade da moeda durante um certo período (“compra da moeda”). Sobre isto, v., síntese de A. CASTRO, *Quebra da moeda* em “Dic. hist. Port.” e bibl. aí citada.

(²³⁹) O padroado era, originalmente, o conjunto de direitos que competiam ao fundador ou dotador laico de uma igreja ou mosteiro, dos quais se destacava o de participar nas rendas da instituição e o de nomear

Os outros poderes que detinha derivava-os não, em rigor, da dignidade real (ou, na terminologia da época, do seu “senhorio natural”)⁽²⁴¹⁾, mas do conteúdo dos laços de vassalagem pelos quais alguns dos seus súbditos (os vassallos) lhe estavam especialmente vinculados. Assim, tinha direito a cobrar certos tributos, de se aposentar em casa dos vassallos, etc.

O carácter especial da relação vassálica corrói, frequentemente, o carácter geral da relação de soberania, criando fórmulas e instituições híbridas, onde não fica claro se os poderes do rei derivam directamente da sua qualidade de soberano, se dum especial laço de vassalagem. Assim, no caso das obrigações militares dos súbditos (e correspondentes poderes militares do rei) não fica claro onde acaba o dever geral de auxílio militar e começa o dever especial, derivado ou da prestação de “menagem” ou da “compra” do serviço militar pelo rei (através da *soldada* ou *maravedis*)⁽²⁴²⁾.

(“apresentar”) o seu director espiritual (cura, abade, bispo). Nos tempos da reconquista coube, nomeadamente, aos reis a nomeação dos bispos, faculdade que lhes é posteriormente retirada.

⁽²⁴⁰⁾ Estes direitos que competiam ao rei como “senhor natural” eram chamados “direitos reais” ou *regalia*; dos quais existe uma enumeração no foral de Idanha de 1242 (D. Sancho II): “... exceptis iuribus regalibus videlicet, quod recipiam monetam meam, & quod dent inde mihi colectas, & quod eam in exercitu, & in meam anuduvam, & alia iura secundum quod habeo, & illa habere debeo in aliis Castellis, & villis...” (cit., por FRANCISCO COELHO DE SOUSA DE S. PAIO, *Prelecções de direito pátrio*, cit., 104). V. ainda, como fontes espanholas desta ideia: *Fuero Viejo*, I,1,1 (“justiça, moneda, fonsadera y suos yantares”); *Ordenamiento de Alcalá*, tit. 27, l. III; como fonte de direito comum, *Libri feudorum*, 2,56. Sobre a ideia de *regalia*, por todos, LUIS G. VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones*, cit., 444/5. Para a doutrina mais tardia, v., *infra*, 292.

⁽²⁴¹⁾ Sobre a expressão “senhorio natural” ou “vínculo de natureza” aplicada à relação de “soberania” ou vinculação “estatal”, cf. H. GRASSOTTI, *Las instituciones...*, cit., 984.

⁽²⁴²⁾ A questão foi exaustivamente discutida por H. DA GAMA BARROS (*História...*, vol. I, 289 ss.), a propósito da existência ou não de feudalismo em Portugal; a conclusão mais clara da discussão é, todavia, a de que a distinção entre soberania e vassalagem releva de distinções teóricas subsequentes e não se integra perfeitamente nos esquemas mentais da alta idade média, pelo que é ocioso estar a tentar classificar as instituições da época a esta luz. Recentemente, v., sobre a questão, J. M. PÉREZ PRENDES, *Cortes de Castilla*, cit., 23 ss.

3.2. Altos funcionários palatinos.

Os reis não exerciam, evidentemente, por si, todos estes poderes.

Como no tempo dos visigodos e no baixo império romano (*sacrum consistorium*), o rei era acolitado por vários funcionários com competências interligadas e mal definidas, a que as fontes dão, frequentemente, a designação de “condes” (*comites*, *companheiros*). A importância política deste corpo de funcionários é muito reduzida ainda. Com competência mal definida e totalmente dependentes do rei, desprovidos ainda de uma tradição burocrática especializada de que sejam os detentores exclusivos, eles não podem, enquanto corpo, impôr-se nem ao rei, nem às classes privilegiadas, às quais, de resto, estes funcionários em geral pertenciam. No paço dos reis portugueses, os funcionários mais importantes eram: o alferes-mor (*signifer*), portador do pendão real e substituto do rei no comando militar, o mordomo-mor (*maior domus curiae*), superintendente da casa real e, portanto (dada a inicial confusão entre património real e do reino), superintendente da administração civil do reino e o chanceler-mor, guarda dos selos reais e que, portanto, superintendia na promulgação das leis, cartas de privilégio ou de foral, e de outros documentos saídos da chancelaria do monarca, podendo, mesmo, ter assumido a direcção do expediente jurisdicional da corte⁽²⁴³⁾.

Além destes, assessoravam ainda o rei (e intervinham, assim, como confirmantes nos documentos régios) os prelados, ricos-homens (nomeadamente, os “tenentes” das “terras”), militares, familiares do rei que se encontravam na corte e também já alguns

⁽²⁴³⁾ Sobre os oficiais palatinos, cf., por todos, H. G. BARROS, *História...* (cit.), vol. III, 210 ss. e os respectivos artigos (v. nomes citados no texto e, ainda, “ovençais”, “vedor”, “dapífero”, “juiz”, “meirinho”, etc.) do *Dic. hist. Portugal*, cit., e bibl. aí citada, onde se poderá dar conta da sua evolução posterior. Uma lei de D. Afonso II (1211) enumera, desta forma, os oficiais da casa real: “porem estabelecemos que nosso ouvençal seeja come rreposteyro ou porteiro e hicham e escançam çaquiteyro estrabeyro alfayate ou outro qualquer...” (P.M.H., *leges e consuetudines*, vol. I, 176); outra, de 1222, estabelece o modo de suprir o alferes-mor, o mordomo-mor e o chanceler-mor nos seus impedimentos (*ibid.*, 179). Regimento de 1258, G. BARROS, *ob. cit.*, III, 204. Sobre a palavra “ovençal”, J. M. PIEL, *Sobre a origem do antigo galego-português “ovença” e “ovençal”*, “Rev. port. Flist.” 17(1977) 19-24.

letrados, como os célebres chanceler mestre Alberto (desde 1142) e chanceler Julião (desde 1183), primeiros representantes de uma categoria — a dos letrados peritos em direito romano e direito canónico — que virá tendo um poder crescente junto do rei; este núcleo, que os visigodos tinham designado por *officium palatinum* (ou “aula régia”), designar-se-á, na corte dos reis portugueses, por *curia* ordinária, de que os documentos deixarão traços (“*conscientibus nostri palatii maioribus*”, doc. a. 1097; “*cum meis baronibus*”, docs. a. 1137, 1140, 1142)⁽²⁴⁴⁾. Em 1258 é promulgado o primeiro regimento conhecido da casa real (cf. P.M.H. *Leg. et cons.*, I 198)⁽²⁴⁵⁾.

3.3. Cúria régia.

Mais importante do que os órgãos anteriores, principalmente pelo papel que veio a ter na futura evolução constitucional, é a *cúria régia extraordinária*, tradução institucional da antes referida colaboração das classes feudais no governo do Estado.

Embora, do ponto de vista das funções exercidas, ela não se distinguísse da *cúria* ordinária a não ser pelo maior número de pessoas presentes (o que obrigava a convocatória especial), a *cúria* extraordinária teve uma função constitucional muito mais importante, sendo as suas reuniões a ocasião para se tratar dos mais solenes negócios do reino, como, v.g., a feitura de leis (de que nos restam várias da “*cúria*” de Coimbra de 1211), a concessão de forais, a programação das campanhas militares, a realização de acordos (*concórdias* ou *concordatas*) entre o rei e o clero, a decisão de assuntos económico-financeiros de interesse geral, como a fixação dos preços ou a desvalorização da moeda (“quebra da moeda”), a suprema administração da justiça — quer,

⁽²⁴⁴⁾ Sobre o conselho do rei (ou *cúria* ordinária), cf. C. SANCHEZ-ALBORNOZ, *La curia regia portuguesa. Siglos XII e XIII*, Madrid 1920, que também trata da *cúria* extraordinária; síntese actualizada, T. SOUSA SOARES, *Cúria régia*, em “Dic. hist. Port.”; sobre a intervenção dos funcionários e magnates na confirmação dos documentos régios, cf., por último, AVELINO J. COSTA, *La chancellerie royale portugaise jusqu'au milieu du XIIIe. siècle*, em “Rev. port. hist.”, 15(1975) 143-68. Sobre os letrados e seu papel no conselho do rei, H. GAMA BARROS, *História ...*, cit., III, 217-21.

⁽²⁴⁵⁾ Sobre os regimentos da casa real, v. *Regimentos da casa real no tempo de D. Afonso III*, “Brotéria” 25(1937) 326-30.

em primeira instância, aos privilegiados, quer, como tribunal de recurso, aos súbditos em geral.

A *cúria régia* (extraordinária) era integrada pelos mesmos elementos que integravam o conselho do rei e, além disso, por senhores eclesiásticos e leigos de todo o reino. A estes se acrescentavam os legistas (“*homines sapientes et discreti de mea curia*”, lei 1253) e, em certas ocasiões (em que a sua presença fosse conveniente, dada a natureza dos assuntos a tratar, v.g., assuntos económicos), vilãos e mercadores (“*et ego super hoc habui consilio cum riquis hominibus sapientibus de curia mea et consilio meo, et cum prelatibus et militibus, et mercatoribus et cum civibus et bonis hominibus de consiliis regni mei*”, P.M.H., *Leges*, vol. I, 192).

De qualquer modo, e isto a distingue das “cortes” segundo a doutrina dominante, a *curia* tem um papel passivo, limitando-se a discutir os assuntos que lhe são propostos pelo rei, não podendo tomar a iniciativa de pôr outros⁽²⁴⁶⁾.

3.4. Administração local. Os territórios.

Apesar da sua (na perspectiva de hoje) pequena extensão, o primitivo território português não estava todo ele directamente dependente do rei. As dificuldades de comunicação e a grande ineficiência da antiga máquina administrativa obrigavam a uma sua divisão em circunscrições administrativas menores (territórios, terras, *mandationes*), colocadas sob a direcção de um membro da alta nobreza, escolhido pelo rei (tenente — lat. *tenens* —, conde — lat. *comes* —, rico-homem ou senhor da terra — lat. *dominus terrae*).

Era este que, através dos seus funcionários subordinados⁽²⁴⁷⁾, administrava o território, ou seja, o defendia militar-

⁽²⁴⁶⁾ Sobre as *cúrias*, além de H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., III, 125-95 e de C. SANCHEZ-ALBORNOZ, *La curia regia portuguesa...*, cit., a síntese de T. SOUSA SOARES, *Cúria régia*, em “Dic. hist. Port.”, cit.. Adiante se dará maior desenvolvimento ao funcionamento da *cúria régia* enquanto supremo tribunal do reino.

⁽²⁴⁷⁾ Dentre os funcionários menores dos territórios, refiram-se os mordomos, meirinhos (*maior-domus* ou *maiorinus*) ou vigários (*vicarii*), delegados para a cobrança das rendas; os alcaides ou castelheiros, encarregados da defesa dos castelos; os juizes, encarregados da declaração do direito, os saíões, delegados para a administração judiciária (citação do réu, execução da sentença, etc.).

mente, cobrava aí as rendas dos domínios reais (*reguengos*) ou outros tributos reais, administrava a justiça e superintendia na construção ou reparação dos castelos e pontes.

Os poderes dos tenentes não se estendiam, no entanto, por uma zona territorial contínua, já que, nos territórios existiam espaços geográficos subtraídos ao poder real — as terras “coutadas”, quer por integrarem coutos e honras, quer por pertencerem a concelhos⁽²⁴⁸⁾. No caso dos concelhos, no entanto, existiam ainda no seu território delegados da administração do tenente, já que a completa isenção fiscal das terras não existia por regra e que permaneciam tarefas militares a ser desempenhadas sob a superintendência do poder real. Sub-divisão mais regular era a dos *juílgados*, circunscrição administrativo-judicial decalçada sobre uma unidade geográfica natural ou tradicional, colocada sob a direcção de um juiz, assessorado por uma assembleia judicial (*concilium*)⁽²⁴⁹⁾⁽²⁵⁰⁾.

⁽²⁴⁸⁾ “Concedo cautum illum amodo... ut omnem rem illam que ad regem pertinet scilicet calumniam caritel homicidium rausum fossadera regalengo dimito...” (Carta de couto de D. Afonso Henriques ao mosteiro de Arouca, a. 1143, cit. em M.^a H. COELHO, *O mosteiro de Arouca...*, cit., 86, n. 1); “... ut non intrent in ea saiones non per homicidio, non per furtum, non per fornicio, non per fossado, non per annudba, non per manaria, non per castellaria, sed de cunctis calumniis sit libera et absoluta cunctis diebus” (Foral de Villa Nogarelius, a. 1044, cit. TORQUATO S. SOARES, *Instituições municipais da reconquista*, em “Rev. Port. hist.” 2.2, p. 278).

⁽²⁴⁹⁾ Não é, ainda hoje, clara a relação entre os territórios e os julgados (bem como entre o tenente e o juiz, responsáveis respectivos de cada uma destas circunscrições). A opinião do texto baseia-se em PAULO MERÊA e AMORIM GIRÃO, *Territórios portugueses no séc. XI*, em “Rev. port. hist.”, 2.2, p. 256 ss. Baseada na cronologia dos seus mandatos, M.^a H. COELHO (em *O mosteiro de Arouca...*, cit., 17) inclina-se para que o juiz não estivesse dependente do governador. Esta hipótese parece plausível; o juiz poderia, assim, ser um cargo de natureza electiva, provido pela assembleia judicial local (*concilium*) num vizinho prestigiado, embora com o acordo posterior do tenente. Isto ajusta-se, como veremos, ao resto do que se sabe sobre a administração da justiça nesta época.

⁽²⁵⁰⁾ Aos olhos de hoje, este recorte administrativo do espaço — em que as jurisdições se confundiam e sobrepunham, em que os enclaves territoriais e a descontinuidade espacial das unidades administrativas e jurisdicionais era de regra — é a própria imagem da “desorganização” e da “irracionalidade”. É, no entanto, necessário não perder de vista que o recorte político do espaço (a chamada geografia administrativa) é correlativo do sistema de poder. A actual ideia de um território estadual unificado (ou integrado), girando à volta de um centro (a *capital*), e em que as circunscrições administrativas, racionais e quase

3.5. Os concelhos.

Desde o século X que aparecem, no território portugalense, vestígios da organização concelhia, ou seja, de concessões régias (ou senhoriais) que permitem e reconhecem uma certa auto-organização das populações locais, acompanhada da atribuição de certos privilégios de ordem fiscal e judiciária. Na raiz destas concessões está, não tanto a luta das populações locais pela sua autonomia, mas sobretudo o desejo dos senhores de fixar as populações às terras, desentusiasmando a sua fuga para as regiões meridionais recentemente reconquistadas.

Os vestígios mais antigos são, precisamente, constituídos por “cartas de povoamento” (*càrtas pueblas* ou *cartas populationis*, nas terminologia castelhana e latina) que correspondiam a verdadeiros aforamentos colectivos, pelos quais eram atribuídas terras, matos e pastos comuns e concedidas certas vantagens fiscais (por vezes reduzidas à simples fixação dos tributos a uma prestação certa, o que atenuava o arbítrio senhorial)⁽²⁵¹⁾ a todos os que já se tivessem fixado ou futuramente se fixassem na zona. Uma vez ou outra, reconhece-se uma parcial autonomia administrativa a estes núcleos de povoação, concedendo aos vizinhos a faculdade de elegerem os funcionários encarregados de cobrar as prestações feudais. Esta forma mais rudimentar da

geométricas, são o produto dum acto ordenador do poder central é a projecção, no campo da geografia administrativa, do Estado centralizado e planificador do iluminismo e da revolução. Antes, o recorte político era o produto da *coexistência e equilíbrio momentâneo* de poderes distintos e autónomos entre si; o espaço era a mera projecção das jurisdições (“o território é a jurisdição sob o ponto de vista locativo”, dizem os juristas medievais) e estas combinavam-se, não de acordo com planos dum poder central, mas segundo a tradição histórica e o jogo de poder. Sobre a sociologia da divisão administrativa do espaço, v., por todos, BERNARD GUÉNÉE, *Espace et État dans la France du Bas Moyen Âge*, “Ann. Ec. Civ. Soc.” 23.2(1968) 744; M. KORINMAN e M. RONAI, *Les idéologies du territoire*, em F. CHATELET (ed.), *Histoire des idéologies*, 3, Paris 1978; PAUL ALLIÉS, *L'invention du territoire*, Grenoble 1980; CLAUDE RAFFESTIN, *Pour une géographie du pouvoir*, Paris 1979; PAUL CLAVAL, *Espace et pouvoir*, Paris 1978.

⁽²⁵¹⁾ Outro privilégio comum era o da restrição ou, até, abolição dos chamados “foros maus” (manaria, anúduva, ossas ou gaiosas, coimas), ou seja, de certas prestações mais gravosas ou mais permissivas de abusos por parte do senhor. Sobre isto, v. TORQUATO S. SOARES, *Instituições municipais da reconquista...*, cit., 277.

organização concelhia, é, entre nós, comum no povoamento das regiões ermas de Trás-os-Montes.

Com o tempo, estas formas embrionárias vão-se desenvolvendo e vai ganhando corpo a tendência para conceder a estas comunidades locais o direito de se auto-organizarem, elegendo órgãos próprios encarregados da administração e da aplicação da justiça⁽²⁵²⁾. A consumação desta tendência dá origem aos concelhos plenamente desenvolvidos, dotados de um quadro completo de magistrados, como aqueles que conheceremos nos séculos XII e seguintes.

Entre os simples aforamentos colectivos e as cartas de concelho (*forais*) instituindo uma organização municipal perfeitamente desenvolvida vai uma grande distância que é preenchida por formas mistas que a historiografia tem agrupado em vários tipos, cada um deles dando conta de uma preocupação dominante (povoamento, enquadramento militar das populações, etc.)⁽²⁵³⁾.

A carta de instituição do concelho era o *foral*. O seu fim principal era — como diz M. PAULO MERÊA (*Resumo das lições...*, cit., 51) — “estatuir ou fixar o direito público local, pelo que são neles pouco numerosas as disposições de direito privado. Não quer isto todavia dizer que eles regulassem todas as relações

⁽²⁵²⁾ “Concilium det suum iudicem de anno suo domino” (foral de S. Cipriano, a. 1125); “in ipsa populatore debet esse duo alcaldes, uno per nos et alius per concilium, per quos cum duobus aliis bonis hominibus debemus nos semper hobere nostrum jam dictum forum” (foral Villa Nova de Archayin e de Alvare); “... e mandamos que os juizes sejam vossos naturaes e sejam postos sem ofereçom...” (foral de Soure, a. 1111); “... juiz e alcaide sejam a vos postos sem ofereçom...” (foral de Tomar, a. 1162); “... e a almotaçaria seia do concelho e seia metudo o almotage pelo alcaide e pelo concelho da villa...” (foral de Lisboa, a. 1179). Sobre a distinção entre “foral” (carta de constituição de um concelho) e carta de aforamento colectivo, cf., por todos, H. GAMA BARROS, *História...*, I, 68 nota.

⁽²⁵³⁾ Foi A. HERCULANO quem classificou os concelhos de acordo com as semelhanças verificadas entre as respectivas cartas de foral. Para uma descrição sintética e actualizada deste assunto, cf. TORQUATO S. SOARES, *Concelhos*, em “Dic. hist. Port.”, cit., I, 651 ss. Crítica a esta sistematização em A. CASTRO, *A evoluçã...*, cit., III, 110. Um estudo modelar sobre a organização concelhia da alta idade média portuguesa é o trabalho de M. PAULO MERÊA, *Sobre as origens do concelho de Coimbra*, “Rev. port. de hist.” I(1939) 46-69, seguido, em 1964, de um outro, *Sobre as antigas instituições coimbrãs*, “Arq. coimbrão” XIX e XX.

entre o concelho e a entidade que dera o foral: assim, com relação aos tributos, nota-se claramente a falta de uma regulamentação integral, sem dúvida porque se não considerava necessário estatuir expressamente no foral os impostos que se tinham como inerentes à soberania ou se achavam instituídos pelo direito consuetudinário. Além dos impostos, e das composições e multas devidas pelos diversos delitos e contravenções, os forais continham disposições importantes sobre a obrigação de serviço militar, sobre os encargos e privilégios dos cavaleiros vilãos, sobre liberdades e garantias das pessoas e dos bens, sobre o ónus e a forma da prova judicial, sobre citações e arrestos, sobre fianças, etc.”.

O foral estabelecia, ainda, o elenco dos magistrados concelhios e a forma da sua nomeação; um e outra variavam, como já dissemos, de concelho para concelho. Os mais importantes eram, no entanto: (a) os *juizes* que, assessorados pelo *concilium* ou *juncta* dos homens bons, administravam a justiça; (b) os *almotacés*, que estavam encarregados da polícia dos mercados, da administração sanitária e da tutela dos bons costumes; (c) os *coureleiros* ou *sesmeiros*, encarregados de fazer a distribuição dos terrenos concelhios pelos vizinhos; (d) os *meirinhos* ou *mordomos*, encarregados da cobrança das rendas concelhias. Ao lado destes, certos funcionários régios asseguravam a administração nas zonas em que a autonomia dos concelhos não fosse reconhecida (v.g., administração militar) ou, então, a ligação da administração municipal à administração real; estão neste caso, os *alcaldes*, governadores militares do território concelhio.

Os concelhos constituíam, assim, autênticos senhorios colectivos com atribuições de poderes públicos equivalentes aos dos nobres. A participação nas assembleias concelhias, bem como o direito de voto na eleição dos magistrados locais estava, no entanto, reservada aos moradores mais ricos, proprietários de casas ou terrenos no perímetro concelhio (vizinhos, homens bons), excluindo, portanto, a população servil, os braseiros e, até, os artesãos (oficiais mecânicos) que só mais tarde, e apenas em alguns concelhos, logram obter participação na vida local através da organização corporativa (Casas “dos Doze” e “dos Vinte e Quatro”).

A concessão de cartas de foral foi aumentando sempre até finais do século XIV, altura em que os concelhos terão passado a

colindar uns com os outros, constituindo uma quadrícula regular do território do ponto de vista administrativo. Nesta altura, porém, a organização concelhia modifica-se, em parte por estarem subvertidas as condições sociais e políticas que lhe haviam dado origem, em parte, também, por as tarefas administrativas se terem complexificado e terem deixado de ser compatíveis com a capacidade organizativa das populações locais. Esta mutação cifra-se, como veremos adiante, no acentuar da acção fiscalizadora do poder central (que nomeará novos oficiais estranhos à comunidade, v.g., os *juizes de fora*, que submeterá os concelhos à acção fiscalizadora dos *corregedores*) e na progressiva perda das faculdades electivas dos magistrados locais, cuja nomeação aparece frequentemente apropriada quer pelo rei, quer por donatários.

3.6. As terras senhoriais.

a) Origem e evolução.

A origem das terras senhoriais está — como já vimos — num duplo processo de concessão pela coroa e de apropriação pelos próprios senhores.

A concessão de terras pela coroa constituiu uma forma corrente, em toda a idade média europeia, de o rei garantir ou remunerar a prestação de serviços nobres (nomeadamente — mas não só — de serviços militares). Nalgumas zonas — as zonas em que vigorou um regime jurídico-político feudal típico — a concessão hereditária de terras com a obrigação de prestação de serviços militares (*tenures militaires*, *land military tenures*) representou mesmo a forma quase única de obter a colaboração dos senhores. Noutras zonas, como a parte ocidental da península ibérica, a colaboração militar e política dos nobres foi assegurada também por outras formas, nomeadamente através de prestações periódicas, em géneros ou em dinheiro, por parte da corôa.

Estas prestações periódicas em géneros ou, mais comumente, em dinheiro chamaram-se, entre nós *maravedis* ou *contias*⁽²⁵⁴⁾. A

⁽²⁵⁴⁾ Cf. *Siete Partidas*, IV, 26, 2. Sobre os *maravedis* ou *contias*, para além dos artigos do *Dic. Hist. Port.*, cit., H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit. II, 379; MARCELO CAETANO, *História do direito português*, Lisboa

opção entre concessão de terras e pagamento de contias dependeu de circunstâncias objectivas. A exuberância do fundo dominial do rei, provocado pelo sucessivo avanço da reconquista levou, numa primeira fase, a preferir a concessão de terras ao pagamento de contias. Posteriormente, o aumento da fortuna monetária do rei — devido sobretudo às contribuições dos concelhos — e o fim da reconquista — com a consequente consolidação do seu património fundiário — fá-lo preferir o pagamento das contias. Com a rápida desvalorização da moeda, consequente às perturbações económicas da segunda metade do século XIV, as contias, que constituíam somas fixas apesar de algumas actualizações feitas pelos nossos reis nos finais do séc. XIV, passam a ser menos atractivas, gerando-se uma pressão dos nobres para a sua actualização, bem como para que os reis os remunerem por meio de concessões de terras. A isto corresponde a política de liberalidades fundiárias de D. Fernando, D. João I e D. Afonso V. As doações fundiárias e as contias são complementadas, sobretudo nas épocas em que a coroa dispôs de enormes recursos monetários, por prestações eventuais (*tenças*), dadas em retribuição de serviços ou por ocasião de certos fastos (casamentos, nascimentos ou baptizados de filhos, etc.). Mais tarde, a partir dos finais do séc. XVI, quando já não abundavam nem as terras da coroa, nem os capitais, a remuneração dos serviços nobres era feita pela concessão de rendas, a pagar pelos rendimentos da coroa (*padrões de juro*).

A modalidade dominante, pelo menos numa primeira fase, de concessão de terras aos senhores foi a *tenência benefical*, ou seja a concessão precária (isto é, livremente revogável pelo concedente) de uma terra com os seus direitos económicos, como recompensa por serviços prestados⁽²⁵⁵⁾.

1981, 511; LUIS G. VALDEAVELLANO, *Las instituciones feudales en Espana*, pós-fácio à trad. esp. de F. GANSHOF, *El feudalismo*, Barcelona 1963; ARMANDO CASTRO, *História económica de Portugal*, II, Lisboa 1981, 161 ss. Para as queixas dos fidalgos, no fim do séc. XIV, em relação à exiguidade e atraso das contias, v. *Ord. Af.*, II, 59, 2-3.

⁽²⁵⁵⁾ A fonte inspiradora deste tipo de tenência, (a que também se dá o nome de *praestimonium*, ou préstamo, ou tenência em *atondo* (in *atonito*, i.e., sem vigor, remetendo a expressão para o carácter precário do direito do tenente), é, por um lado, o *precarium*, forma romana de posse precária; e, por outro, o *beneficium* eclesiástico, concessão de terras feitas pela Igreja aos seus clérigos e servidores, destinadas a prover ao seu sustento enquanto detentores de um ofício eclesiástico (logo, in *stipendium*). Sobre isto, C. SANCHEZ ALBORNOZ, *El "stipendium" hispano-gótico y los orígenes del beneficio prefeudal*, Buenos Aires 1947; apreciação em M. PAULO MERÊA, "*Precarium*" e "*stipendium*", B.F.D.C. 25(1960). Síntese, LUIS G. VALDEAVELLANO, *Las instituciones feudales en Espana*, cit., 238 s.

As principais características deste tipo de concessões são: (a) o seu carácter gratuito, ou seja, a inexistência de prestações económicas por parte do concessionário ou tenente⁽²⁵⁶⁾ e mesmo o carácter não essencial de quaisquer outras obrigações particulares⁽²⁵⁷⁾; (b) o seu carácter temporário, ou seja a sua não hereditariedade; (c) o seu carácter não vassalático⁽²⁵⁸⁾.

Resulta, assim, claro porque é que para a generalidade dos autores as doações ou tenências do ocidente peninsular se distinguem, no plano jurídico, dos feudos ultra-pirenaicos. Por um lado, era nelas mais esbatida a obrigação de serviços, nomeadamente de serviços militares; depois, o carácter vassalático não lhes era essencial; por fim, e decisivamente, elas nunca foram hereditárias, pois ainda quanto eram concessões *de jure et hereditate*, sempre estiveram sujeitas a confirmação, quer “de rei a

⁽²⁵⁶⁾ Por isto se distinguiam das concessões agrárias, também de carácter precário e temporário, motivadas por finalidades económicas (*ad excolendum*), nas quais o concedente ficava com o direito a uma renda, foro ou cãnone. Sobre elas, v., *supra*, 130 ss.

⁽²⁵⁷⁾ A regra de que a doação tenência benéfica não obrigava a serviços por parte do tenente seria uma das pedras de toque do carácter feudal ou não deste tipo de concessões. A tese do carácter não feudal dos prestimónios defende o ponto de vista de que os serviços nobres (*auxilium*, nomeadamente militar, e *consilium*) eram, em Portugal, Leão e Castela, devidos não em virtude da concessão tenencial, mas do pagamento da *contia*. Alguns autores salientam, no entanto, que a tenência nobre (diferente das já referidas tenências agrárias, ou *ad excolendum*) implicava sempre a prestação de certos serviços, sob pena de comisso (ou seja, legitimação do concedente para revogar a concessão). De qualquer modo — e é este o traço característico utilizado pelos juristas do séc. XVI e XVII para distinguir as concessões hispânicas das concessões feudais típicas — as obrigações do tenente teriam, nas primeiras, um carácter mais genérico e não o carácter estrito e preciso das cláusulas (“posturas”) dos pactos feudais (cf. ALVARO VALASCO, *Quaestiones iuris emphyteutici*, Conimbricæ 1682 ed. cons., q. 38). Sobre o tema, v., por todos, LUIS G. VALDEAVELLANO, *Las instituciones feudales...*, cit., 239 e 265.

⁽²⁵⁸⁾ A vassalagem (*iuramentum et fidelitatem, iuramentum et hominum*) era constituída por uma promessa de fidelidade e vassalagem pessoal (simbolizada, segundo o costume das Espanhas, pelo beija-mão, cf. *Siete Partidas*, IV, 25, 4), o que implicava certos deveres estritos (*ibid.*, IV, 25, 6). Sobre “vassalos” e “vassalagem”, LUIS G. VALDEAVELLANO, *Las instituciones feudales en Espana*, cit., 249 ss. As tenências peninsulares não eram necessariamente acompanhadas por preitos de vassalagem, por isso se distinguindo das concessões feudais, em que a vassalagem era requisito essencial. Dizendo doutro modo, entre nós o benefício estava dissociado da vassalagem, ao contrário do que acontece no regime feudal típico.

rei”, quer “por sucessão”⁽²⁵⁹⁾. Para além do que entre nós não se chegou a gerar uma pirâmide feudal, por os reis sempre terem reagido decididamente contra a realização de doações de tipo vassalático por outros que não eles⁽²⁶⁰⁾.

Além da doação de terras, com as suas rendas e direitos, os reis concediam ainda, frequentemente, a *imunidade* de certas terras dos senhores. Através da concessão de imunidade, os senhores ficavam autorizados a impedir a entrada nas suas terras (“devassa”) dos funcionários encarregados de exercer os direitos reais.

A forma mais comum de concessão de imunidade era a constituição de um *couto*, através de uma carta de couto, em que os limites da terra tornada imune estavam especificados, bem como o conteúdo da imunidade, que podia abranger todos os direitos reais ou apenas uma parte deles⁽²⁶¹⁾. A imunidade da terra aproveitava, quer ao seu senhor, quer aos que tivessem

⁽²⁵⁹⁾ Sobre a temporalidade do prestimónio ou tenência nobre, LUIS G. VALDEAVELLANO, *Las instituciones feudales...*, cit., 265 s. e 274. Sobre as confirmações régias, para além do artigo no *Dic. hist. Port.*, H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 441 ss. e JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Memoria para a história das confirmações régias*, Lisboa 1816.

⁽²⁶⁰⁾ Conhecido é o caso das doações em préstamos que Nuno Álvares Pereira queria fazer a cavaleiros e apaniguados seus, contra as quais reagiu D. João I. V., por último, a descrição breve feita por MARCELLO CAETANO, *História...*, cit., 511 s. No entanto, havia fidalgos que tinham préstamos dos mosteiros (cf. *Ord. Af.*, II, 65, 12).

⁽²⁶¹⁾ “Coutar huma terra he escusar os seus moradores de hoste e de fossado, e de foro e de toda a peita”, definição do tempo de D. Dinis, citada por ANTONIO CAETANO DO AMARAL, *Memoria V para a história da legislação e costumes de Portugal*, ed. Porto 1945, 136, onde se podem encontrar muitas outras citações impressivas de cartas de couto (v.g., “concedimus tibi... quantulum cumque ibi intus habemus, cunctas hereditates, & homines, calumniis omnibus, cum caracteribus, simul omne vectigale nostrum tributum-que, & fiscalia regalitas... & in isto, que tibi damus... ponimus tibi cautum, & facimus commissorium ut nullus homo per vim intus ingrediatur ad malefaciendum, non pro rapina, nec pro peniora, non pro karacteribus, neque pro rauso, vel pro omicidio, neque pro nulla alia calumnia; sed liberum, & absolutum illud damus... insuper concedimus & omnes fossadarias”, doação e carta de couto do Conde D. Henrique a Soeiro Mendes, 1097). Sobre os coutos, para além da síntese de A. H. DE OLIVEIRA MARQUES, no art. *Couto* do “Dic. hist. Port.”, e do autor antes citado, p. 132 ss., A. HERCULANO, *História...*, cit., VIII, 197 ss.; H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., II, 430 ss.; M. PAULO MERÊA, *Em torno da palavra couto*, em “Estudos de história do direito”, Coimbra 1923, 109 ss.

terras dentro do couto; embora estes últimos apenas estivessem libertos dos tributos régios (e já não dos senhoriais), nomeadamente da fossadeira (se esta não tivesse sido concedida ao senhor do couto, como acontece na doação citada na nota anterior).

Mas as terras senhoriais surgiram também de processos expontâneos de apropriação pelas classes feudais.

Isto aconteceu, desde logo, na fase da conquista do território, através da presúria feita directamente pelos nobres. Mas teve também origem na prática de se considerarem imunes ou *honradas* as terras onde um nobre tivesse o seu solar (*quintã, quinta, bairro*), o que se foi estendendo às terras onde fossem criados os seus filhos (*amádigos*) ou onde lhe fossem prestados géneros (*encensorias, paramos*). É por esta via que surgem as *honras*, correspondentes aos *manoirs* ou *manors* da Europa feudal, terras imunes em virtude da qualidade nobre do seu senhor, independentemente de qualquer concessão régia expressa⁽²⁶²⁾.

Do ponto de vista da salvaguarda dos direitos do rei, este tipo de senhorio “de geração expontânea” era muito mais perigoso do que as doações ou os coutos, que exigiam um acto régio. E, na verdade, foi através do expediente de honrar sucessivamente novas terras que os nobres procuraram, durante os séculos XIII e XIV, aumentar os seus domínios, arredondá-los e integrá-los, no sentido da redução da terra alodial e da constituição dos vastos senhorios que, segundo alguns, constituem a característica duma “segunda época feudal” (ARMANDO CASTRO). No leque de expedientes usados pelos fidalgos para honrar novas terras — e que se podem avaliar pela leitura de *Ord. Af.*, II, 65 — destaca-se, pelo seu colorido, o de darem de criação os seus filhos, em terras sucessivas, por curto período, a fim de constituírem uma fieira de amádigos (cf. *Ord. Af.*, II, 65, 14).

⁽²⁶²⁾ Sobre as honras, além do artigo de A. H. OLIVEIRA MARQUES, no *Dic. hist. Port.*, JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Memória para dar uma ideia justa do que erão as behetrias, e em que diferião dos coutos, e honras*, em “*Mem. de Litt.*”, I, 110 ss.; H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., II, 430 ss.; MARCELLO CAETANO, *História...*, 326; ARMANDO CASTRO, *História económica...*, 158; para visão evolutiva duma honra, com apêndices documentais. PEDRO DE AZEVEDO, *A honra de Resende*, “*Arch. hist. Port.*”, IV. Literatura seiscentista, A. VALASCO, *Quaestiones iuris emphyteutici...*, q. 40, n. 26; M. A. PEGAS *Commentaria ad Ordinationes*, Ulyssipone 1670-1729, t. I, p. 366/7.

Este perigo de proliferação de honras não atingia apenas o rei. Os concelhos e os próprios nobres viam-se frequentemente perante a constituição de honras nas suas próprias terras⁽²⁶³⁾.

Um segundo motivo de incerteza — e, logo, ocasião de abuso — relativo ao regime das honras era constituido pelo facto de o conteúdo dos direitos senhoriais ser incerto, pois — embora mais tarde se tenha defendido a opinião de que, em Portugal (contra o que acontecia em Castela), o senhorio da honra não implicava como seu natural a posse de jurisdições⁽²⁶⁴⁾ — a tendência dos senhores era no sentido de dar à imunidade da terra honrada o âmbito mais vasto.

Não admira, portanto, que os nossos reis se tenham preocupado em especial com as honras na sua actividade destinada a conservar os direitos reais, logo desde as inquirições de 1220. Depois de uma série de inquirições, sentenças e providências gerais⁽²⁶⁵⁾, o regime das honras é estabelecido, a título definitivo, em 1343 ou 1344⁽²⁶⁶⁾.

⁽²⁶³⁾ Já se citou um passo das *Ord. Af.* (II, 65, 12) em que se refere o facto de os nobres “honrarem” os préstamos que tinham dos mosteiros; mas Gama Barros (*História...*, cit., 390² e 439³) refere as questões surgidas entre nobres por uns “honrarem” terras situadas nos domínios dos outros.

⁽²⁶⁴⁾ JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO (na *Memória...*, cit., 113 e 133 ss.) opina, com base nas provas que reuniu, que a jurisdição (crime, cível, dada de ofícios) não era essencial nas honras, revestindo os direitos que lhes estavam conexos um carácter meramente económico; assim, o mero e misto império, grosso modo correspondentes à jurisdição crime e cível e à dada de ofícios, só existiria no donatário se houvesse privilégio especial nesse sentido (que podia ser, por exemplo e como era frequente, um privilégio concedido em geral a um nobre para exercer o mero e misto império e pôr as justiças e oficiais nas terras de que fosse senhor). Ainda que esta posição seja correcta (ela era discutida entre os nossos praxistas, cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., I, p. 366/7, criticando opinião contrária de A. Valasco), o normal é que os originais direitos apenas económicos, exercidos através dos vigários senhoriais, se fossem alargando sucessivamente, primeiro à jurisdição das questões acerca desses direitos, depois à jurisdição cível e, finalmente, à jurisdição crime. Se é que o processo não foi o inverso, sendo globais os poderes originários dos senhores, a quem — com a influência da dogmática jurídico-política do direito romano justinianeu — os reis tenham progressivamente tentado arrebatar os poderes jurisdicionais.

⁽²⁶⁵⁾ V., para a sua enumeração e descrição do seu conteúdo, JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Memórias para a história das inquirições...*, Lisboa 1815; H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 436 ss.

⁽²⁶⁶⁾ Cf. *Ord. Af.*, III, 50; a indicação do ano da lei (era de 1381 ou 1382) varia nos manuscritos. A sugestão de H. GAMA BARROS (*História...*, II, 461³) de

A partir de então, só se mantinham como legítimas as honras comprovadas pelas inquirições de 1288 (consoante o pedido dos fidalgos) e aquelas que tivessem sido constituídas até 1305 (no que o rei lhes concede um pouco mais)⁽²⁶⁷⁾, com os direitos e imunidades que então tivessem⁽²⁶⁸⁾. Foi esta a regulamentação que foi confirmada nas *Ordenações Afonsinas* e, depois nas *Manuelinas* (II, 40) e *Filipinas* (2, 48)⁽²⁶⁹⁾.

Resta observar que alguns coutos e honras, como também algumas vilas, tinham o privilégio de escolher o seu senhor, ou dentro de uma linhagem, ou sem essa limitação (*de mar a mar*), senhor esse que devia, posteriormente, ser confirmado pelo rei. Estas terras recebiam o nome de *behetrias* (ou *beatrias*, de *benefactoria*)⁽²⁷⁰⁾. O privilégio das behetrias — de resto, entre nós, poucas e circunscritas às regiões durienses — terminam, de facto,

1345 baseia-se numa confusão quanto ao entendimento do texto (“que foram feitas atee vinte anos, ante que meu Padre morresse”, III, 50,2, ou seja 1305; nada tem a ver, segundo creio, com a data da lei).

⁽²⁶⁷⁾ A data de 1305 não corresponde, conforme já notou J. P. RIBEIRO (*Memórias sobre as inquirições...*, cit., 134^a) com a data de 1315, indicada no correspondente passo das *Ord. Man.* Presumo que se tenha tratado de um erro de conta na conversão de era de César para a de Cristo, por parte do compilador filipino (que também se equivocara quanto à data da Inquirição a que a lei se reporta e que não é, como supõe, a realizada por Diogo Pais em Lamego em 1290 — cf. J. P. RIBEIRO, *Memórias...*, 116).

⁽²⁶⁸⁾ Para o caso de não estar expresso nas inquirições o regime da honra, formulam-se algumas regras, que vêm a ter grande importância no futuro: a jurisdição do juiz do senhor ou da honra, quando se provasse que tal cargo existia, era apenas a cível; a jurisdição do vigário, quando existisse, limitava-se às questões relativas aos danos feitos pelos gados e às coimas por questões de águas; não tendo qualquer destes funcionários, permite-se-lhes que conheçam das questões que seriam da competência do vigário. Cf. *Ord. Af.*, III, 50; *Ord. Man.* II, 40; *Ord. Fil.*, II, 48.

⁽²⁶⁹⁾ Note-se, como curiosidade, que ainda em 1648 se criou a honra de Escalhão, como forma de galardoar a resistência dos seus habitantes aos invasores espanhóis sem destacar este lugar do concelho a que pertencia. Cf. JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História...*, V, 138.

⁽²⁷⁰⁾ Sobre as behetrias, v. o artigo *Beetria* do Dic. hist., Port. (A. H. OLIVEIRA MARQUES), com bibliografia adicional (da qual se destaca a *Memória...* de JOSÉ ANASTÁCIO FIGUEIREDO); para Espanha, além do trabalho de C. SANCHEZ-ALBORNOZ, citado por Oliveira Marques, BARTOLOME CLAVERO, *Behetria, 1255-1356. Crisis de una institución de señorío*, em “An. hist. der. esp.” 44(1974) 201-342 e ALFONSO MARIA GUILARTE, *El señorío en el siglo XVI*, Madrid 1962, 10 ss.

no séc. XVI (c. 1550, data em que a coroa manda os corregedores violar os seus foros, dando origem ao famoso “processo das behetrias” que só terminou em 1755... com a sua queima durante o terramoto).

b) O conteúdo dos poderes senhoriais.

Sanchez Albornoz (em *La postetad real y los senorios*, 1914) distingue, a respeito do âmbito do poder senhorial, os senorios anteriores ao séc. XI, em que os poderes do senhor são a contrapartida (indistinta, para nós) da imunidade — i.é., da proibição de entrada dos magistrados régios nas suas terras —, e os posteriores a esse século, em que aos senorios são expressamente concedidos poderes agora ditos “reais”.

Independentemente do acerto da cronologia para outras áreas, a distinção feita por Sanchez Albornoz tem o mérito de chamar a atenção para um facto de grande importância estrutural na análise do poder — o carácter “natural” e “global” das relações de poder nas comunidades locais da sociedade tradicional europeia.

Foi sobretudo Max Weber (em *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1916)⁽²⁷¹⁾ quem chamou a atenção para o facto de as sociedades europeias tradicionais se organizarem politicamente em torno da “casa”, agregado humano constituído pela família tradicional (ou “família extensa”) — pai, mulher, ascendentes, descendentes, outros parentes vivendo em economia comum, criados e servos. Aí, o *pater familias*, *chefe da casa* (*Hausherr*), ou senhor (*dominus*) exercia sobre todos os membros da família um poder global que abarcava todos os domínios da vida em comum, desde o sustento, organização dos trabalhos produtivos e disciplina doméstica, até à regulamentação dos conflitos e a representação política. Era o chamado “poder económico” (na acepção antiga de “economia”, como arte de dirigir a casa [gr. *oikos*])⁽²⁷²⁾.

⁽²⁷¹⁾ Para a análise da estrutura política “patriarcal”, v. Parte IV, c. VII; existe tradução esp. *Economia y sociedad*, México 1944¹.

⁽²⁷²⁾ Mais tarde, O. BRUNNER (em *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Süddeutschland im Mittelalter*, Wien 1939, e trabalhos posteriores reunidos em *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Göttingen 1968² — trad. it. *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano 1970) desenvolveu as pistas de Weber e comprovou-as para as sociedades tradicionais europeias. Note-se que, ainda no séc. XVII, M. A. PEGAS

Esta matriz das relações políticas enformou todas as sociedades tradicionais europeias, podendo-se dizer que, em muitos aspectos, esteve subjacente a toda a organização social até ao fim do antigo regime — ainda hoje sendo perceptível em zonas europeias mais isoladas.

Assim, os poderes originais dos senhores eram os poderes globais deste *Hausherr* ou *dominus*, valendo no espaço territorial por ele dominado, e ocupado pela sua família e dependentes (os seus criados e servos, os seus caseiros e lavradores, os seus fiéis, malados, encomendados, etc., remetendo para a riquíssima terminologia alto-medieval que denota as relações de dependência). Era para este acervo de poderes que o rei remetia (e com que o rei contava) quando tornava imunes os territórios senhoriais⁽²⁷³⁾. Nesses territórios, o senhor exercia estes poderes pessoalmente ou, com a extensão dos senhorios, através de membros da sua casa — mordomos, vigários, ouvidores, chegadores⁽²⁷⁴⁾.

O progressivo conhecimento do direito justinianeu e da legislação dos imperadores do Sacro-Império incluída no *Corpus iuris* medieval modificou a política real em relação aos poderes dos senhores. Começa a ganhar corpo — provavelmente por influência do cap. *Quae sint regalia* dos *Libri feudorum* — a ideia de que o rei é o titular natural de certos poderes (*regalia*, direitos reais)⁽²⁷⁵⁾ e que a sua detenção pelos senhores ou comunidades subordinados (i.e., *qui superiorem recognoscent*) só se explica em

(*Commentaria...*, t. 10, p. 108, n. 2) recolhe a definição de Panormitano e Décio, segundo os quais “senhor” é aquele que tem família.

⁽²⁷³⁾ Contra a ideia de O. BRUNNER de que “a terra constituía uma comunidade jurídica pré-existente, sobre a qual o *dominus* terrae adquirira posteriormente o senhorio, no momento em que a formação do direito local já estava terminada”, H. MITTEIS (em *Land und Herrschaft*, “Hist. Zeits.”, 163(1941) 54), sublinhando papel conformador do senhor no domínio do direito territorial.

⁽²⁷⁴⁾ Aos “chegadores” se referem frequentemente as nossas fontes (cf. J. P. RIBEIRO, *Memória... confirmações...*, cit., doc. n. II, *Ord. Af.*, II, 65, 8) — eram funcionários encarregados das citações e outras diligências judiciais e de arrecador tributos.

⁽²⁷⁵⁾ Cf. *supra* 145s. Já numa doação de 1112, citada por ALFONSO M. GUILARTE (*El régimen señorial...*, cit.) 3^a, o rei de Leão refere certos direitos como reais: “Sive homines, sive hereditates de realengo, sive de infantatico, sive de comitatu, montes, ab integro... sicut ad regalo ius pertinet”.

termos de uma sua concessão pelo rei. Claro que isto, num primeiro momento, não vem alterar substancialmente a situação de facto, até porque o rei não tinha meios materiais para exercer efectivamente os seus direitos reais em todo o reino. Mas, no plano ideológico-jurídico, começou a ficar estabelecido que certos poderes, ainda que exercidos pelos senhores, pertenciam por natureza ao rei e só por delegação estavam na posse de outrem.

Se certos direitos eram, por natureza, reais e só por delegação podiam estar na posse de outrem, a consequência lógica é a de que a posse desses direitos por senhores tenha que ser provada por um documento de doação (eventualmente, um foral ou uma sentença), pelo qual se julgaria da existência e também da extensão dos direitos senhoriais. Embora, nos termos do direito comum e também do nosso direito até aos fins do século XIV, se admitisse a aquisição dos direitos reais (e, nomeadamente, das jurisdições) por usucapião (de quarenta anos, centenária ou imemorial, conforme os autores e os casos)⁽²⁷⁶⁾. Toda a actividade dos nossos reis, a partir da primeira metade do séc. XIII, no sentido de obrigarem à exibição e confirmação dos títulos dos direitos senhoriais (“inquirições” e “confirmações”) pressupõe já esta ideia de que os direitos dos senhores não são seus direitos naturais, mas direitos reais cuja delegação (ou, pelo menos, o longo uso) têm que ser provadas⁽²⁷⁷⁾.

3.7. Os meios de governo. A administração financeira.

Vimos antes que um dos factores de crise do Estado romano fora, precisamente, a carência de meios financeiros; esta carência,

⁽²⁷⁶⁾ Numa sentença de 1335 sobre as jurisdições do couto de Moreira da Maia, o prior invoca a prescrição imemorial e o procurador régio procura provar a interrupção desse prescrição pelo rei, o que implica a aceitação da sua eficácia de princípio (cf. J. P. RIBEIRO, *Memória... confirmações...*, cit., doc. n. II). Sobre a prescrição dos direitos reais e das jurisdições, v., *infra*, 292 ss.

⁽²⁷⁷⁾ Em relação a certos direitos reais ia-se mesmo até à afirmação do seu carácter inalienável, aliás de acordo com a doutrina do direito comum — é o caso da correição, acerca da qual D. Fernando diz que é coisa que “pertence, e esguarda o maior, e o mais alto, e Real Senhorio” (*Ord. Af.*, II, 63, 2). Já D. Afonso II invocara, no diferendo com as suas irmãs a inalienabilidade de certos direitos reais (neste caso, dos bens da coroa) (cf. ALEXANDRE HERCULANO, *História...*, IV, 20). Sobre a evolução desta ideia da inalienabilidade de certos direitos reais, v. *infra*, 292 ss.

decorrente da desmonetização da economia a partir do século IV, continua a ser sentida pelos reis alto-medievos influenciando, se não na natureza do seu poder, pelo menos no modo de exercício das suas funções.

Uma das formas de tornear as dificuldades financeiras da corôa foi a descentralização (ou mesmo, alienação) de certas funções (defesa, administração civil, administração judiciária, etc.) que passaram a ser cometidas aos potentados locais (senhores feudais, nobres e eclesiásticos, e concelhos). Isto levou a que uma boa parte das despesas da corôa tenha transitado do rei para os senhores, que as cobriam com os rendimentos das suas terras.

Todavia, esta descentralização dos ónus e despesas teve como contrapartida a concessão aos senhores e aos concelhos da faculdade de cobrarem receitas por meios *fiscais* (ou seja, como agentes do rei — (do *fisco*, ou património real) — com recurso a formas de coerção que hoje diríamos de direito público). Os senhores (e os concelhos) passam, em virtude de doações régias, a dispôr da faculdade de cobrar tributos, não já como proprietários das terras, mas como *donatários da corôa*; tributos que vão desde a *anúduva* e *fossadeira* até às multas judiciais (*coimas*).

Para além disto, e retribuindo suplementarmente estes serviços administrativos dos senhores, o rei concedia-lhes novas terras (*préstamos*); quanto ao serviço militar, ele era especialmente retribuído através de uma quantia fixa (em dinheiro ou em géneros) que competia a cada nobre varão desde o nascimento (*contia*, *maravedis*)⁽²⁷⁸⁾.

Este pagamento em espécie (terras, géneros) aos nobres encarregados da administração não era o único sinal da desmonetização das finanças reais (que decorria, segundo vimos, da desmonetização da própria vida económica). Outro era o do pagamento em géneros dos tributos. Quer o rei, quer os nobres, recebiam parte dos tributos em géneros — desde logo, as *colheitas* (*paradas* ou *jantares*) que, pelo menos originariamente, consistiam no dever que impedia sobre os súbditos de fornecer

⁽²⁷⁸⁾ Sobre as “contias”, v., por todos, ARMANDO CASTRO, *A evolução económica...*, cit., vol. II, 100-19 e 352-63; síntese em *Quantia*, em “Dic. hist. Port.”.

os géneros para a mesa do rei quando este se instalasse no concelho, tributo de que aproximava a *aposentadoria*, ou direito de ser alojado com a sua comitiva; mas também outros impostos, como a *anúduva*, a *fossadeira* e a *jugada* (tributo dos lavradores que utilizavam um jugo de bois) podiam ser pagos, quer em serviços braçais, quer, sobretudo, em géneros (trigo, cevada, vinho, milho, linho, bragal)⁽²⁷⁹⁾.

O facto de as receitas da corôa (e, consequentemente, o património móvel do rei) consistirem, numa grande percentagem do seu total, em géneros tem consequências de ordem diversa: por um lado, põe o problema do seu destino, nomeadamente, da sua comercialização, obrigando à introdução de privilégios comerciais a favor do rei, dos quais o mais conhecido é o *relêgo*, já referido; por outro lado, incentiva a côrte a contínuas deslocações, quer para cobrar os “jantares”, quer para consumir os géneros guardados nos diversos armazéns reais da província⁽²⁸⁰⁾.

Todavia, apesar da desmonetização das finanças ser um facto nos reinos alto-medievais, ela não atingiu na nossa monarquia a dimensão que atingiu noutros lados. Pelo conteúdo dos testamentos dos nossos primeiros reis (sobretudo dos de D. Afonso Henriques, D. Sancho I e D. Afonso II) sabemos que existiam no erário régio grandes quantidades de ouro amoadado, o que não só é prova de que parte considerável dos tributos era paga em moeda⁽²⁸¹⁾, como de que a economia da região

⁽²⁷⁹⁾ Cf. exemplos em J. LÚCIO DE AZEVEDO, *Épocas de Portugal económico*, Lisboa 1973 (1.^a ed. 1928) 30-1, 41.

⁽²⁸⁰⁾ Os testamentos dos primeiros reis dão nota desta dispersão da riqueza régia, quer da monetária, quer da riqueza em géneros — “meas vaccas, et meas oves, et meas equas et meas porcos, quos habeo in Santarem... meas equas de Soure et meas porcos de Colimbria” (Testamento de D. Sancho I, em “Arq. hist. Port.”, X, 288; v., ainda, J. LÚCIO DE AZEVEDO, *Épocas de Portugal económico*, cit., 31 e 35; estes “itinerários régios”, também importantes para verificar a cronologia política e a data dos diplomas régios (e, até, os ciclos da fome e da peste, de que a côrte procurava fugir), estão parcialmente estudados (cf. *Itinerários régios medievais*, publ. do Centro de Estudos de História, Lisboa 1971).

⁽²⁸¹⁾ Segundo os dados do seu testamento, o tesouro de D. Afonso Henriques continha cerca de 600 Kgs. de ouro amoadado; o de D. Sancho I, segundo o seu testamento de 1210, mais de 2780 Kgs. (cf. os testamentos em ANTÓNIO CAETANO DE SOUSA, *História genealógica da casa real portuguesa* (ed.

portuguesa, nestes primeiros anos da nossa monarquia, não era exclusivamente agrária, como pretendeu LÚCIO DE AZEVEDO⁽²⁸²⁾.

Resta adiantar algo acerca da natureza das despesas da corôa no período que estamos a considerar. É inútil procurarmos então uma estrutura das despesas como aquela a que hoje estamos habituados (despesas com a educação, com a saúde pública, com a realização de infra-estruturas económicas, com os serviços públicos). Nada disto constituía, com efeito, domínio próprio da actividade do rei. As despesas reais de então repartiam-se entre o custeamento da guerra (pagamento das *contias*, apetrechamento das tropas do rei, dotações para a edificação ou reparação de obras militares), as dádivas a instituições religiosas, o sustento da casa real, as despesas relacionadas com a actividade diplomática (embaixadas, censos, dotes por casamentos) e as despesas ostentatórias. Não existindo então uma contabilidade pública organizada, não dispomos de grandes elementos para avaliar o modo como entre estes vários destinos se distribuía o montante total das despesas. Apenas podemos lançar mão dos dados fornecidos pelos já citados testamentos régios. Aí, a maior parte das deixas destina-se a instituições religiosas e militares e obras de piedade; àquilo que hoje consideraríamos obras de fomento (construção e consertos em pontes) são destinados, somente, um a dois por cento do montante global dos legados⁽²⁸³⁾.

O que acaba de ser dito acerca dos meios financeiros a dispôr dos reis alto-medievais para a realização das suas funções

de 1946-54). 1. vol. das *Provas*; os cálculos das quantias de metal amoedado são dados por V. MAGALHÃES GODINHO, *Finanças públicas e estrutura do Estado*, em "Dic. hist. Port."); a origem destas somas é obscura — A. HERCULANO relaciona-a com despojos e saques das cidades mouras conquistadas (*História de Portugal* vol. III), J. LÚCIO DE AZEVEDO com os réditos do arrendamento aos concelhos da cobrança dos tributos régios (*Épocas...*, cit., 35), V. MAGALHÃES GODINHO com os rendimentos fiscais ligados ao incremento da economia monetária (*Finanças...*, cit., 249).

⁽²⁸²⁾ À tese da "monarquia agrária" (J. LÚCIO DE AZEVEDO) substitui-se a tese do florescimento da actividade comercial mesmo nos primeiros reinados da dinastia de Borgonha (JAIME CORTESÃO).

⁽²⁸³⁾ Cf. J. LÚCIO DE AZEVEDO, *Épocas...*, cit., 34 ss.; para um exame, desta perspectiva, dos primeiros orçamentos (séc. XV) cf. V. MAGALHÃES GODINHO, *Finanças públicas...*, cit., 259 ss. e bibl. aí citada.

e acerca do modo como as limitações a este nível são torneadas deixa supôr a influência que estes factos vão ter na característica mais saliente da máquina administrativa alto-medieval (sobretudo quando encarada pelo prisma de hoje) — a sua *ineficiência* e "irracionalidade".

Ineficiência que deriva, sobretudo, da quase completa dissolução da hierarquia administrativa; deste facto resultava, por um lado, que as directivas do poder central só muito dificilmente tinham eficácia na periferia e, por outro, que o espaço aberto aos abusos e às exacções era muito vasto. É por isso que, enquanto se mantém a raiz desta dissolução da hierarquia administrativa, há a tendência para aumentar continuamente os órgãos e expedientes de controle⁽²⁸⁴⁾, multiplicando as jurisdições sobrepostas; esta tendência não consegue, no entanto, absorver a radical ineficiência do sistema (que se mantém patente até ao fim do antigo regime), contribuindo, pelo contrário para a potenciar, potenciando ainda a sua outra característica — a irracionalidade.

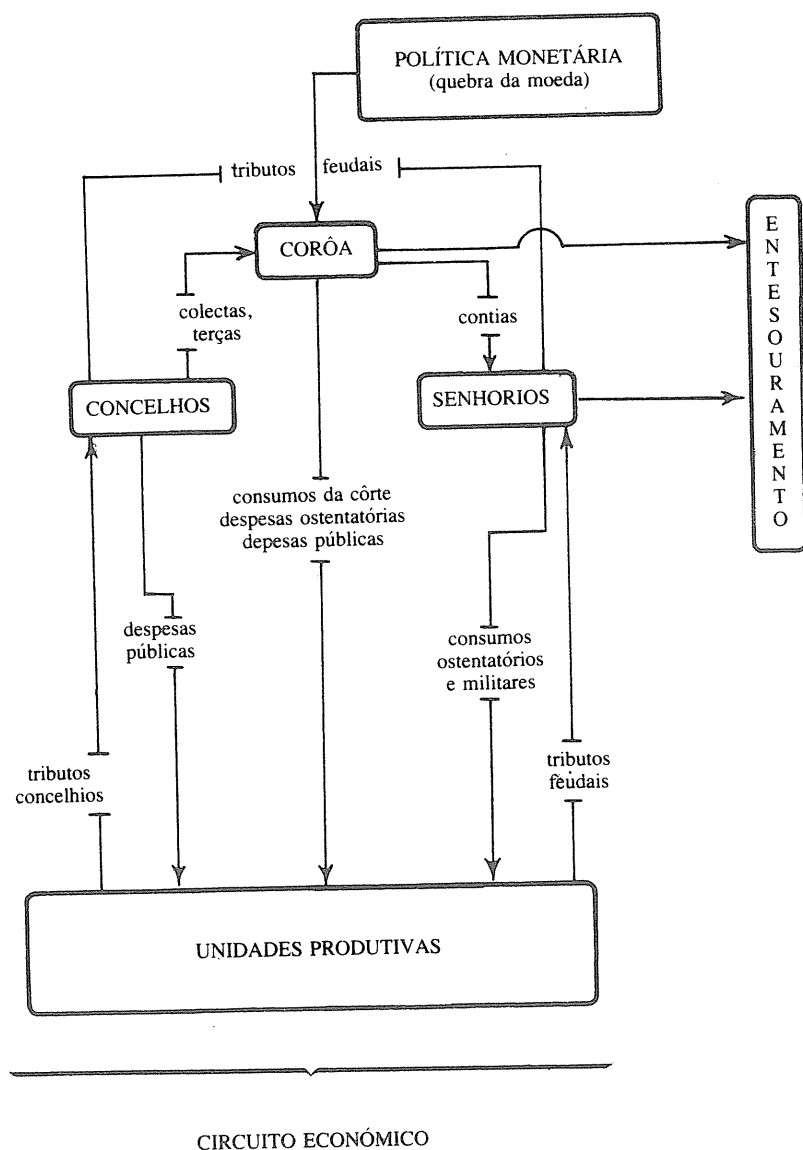
A "irracionalidade" da administração decorre, sobretudo, do emaranhado das competências concorrentes dos diversos órgãos, da indefinição das suas atribuições, da proliferação dos foros especiais e da infinita diversidade dos direitos locais. Para o historiador, a esta irracionalidade efectiva acresce outro factor de confusão que é o carácter equívoco das fontes documentais no que se refere à denominação dos cargos públicos, dos tributos, etc.

3.8. Circuito financeiro e circuito económico.

O modo como o circuito financeiro — i.é., o circuito das receitas e despesas da corôa — se insere no circuito econó-

⁽²⁸⁴⁾ "Corregedores", "ouvidores", "vedores", "sobrejuizes", "ouvençais", "inquiridores", todas estas designações (bem como as de "inquirições", "confirmações") dando conta da tónica posta na função de inspecção ou de controle.

mico — i.é, no circuito dos rendimentos e consumos globais da sociedade — pode ser esquematizado da seguinte forma:



Dum modo geral — e ao contrário do que acontece hoje — as correntes de rendimentos pagos ao “Estado” (no sentido lato de “corôa”, “senhorios” e “concelhos”) eram muito mais importantes do que as dos rendimentos pagos pelo “Estado”; i.é, as “contas públicas” revelavam-se, nesta época, largamente superavitárias, tal como fica, em geral, documentado pelos testamentos dos reis da dinastia de Borgonha ou pelo entesouramento (em dinheiro, jóias ou géneros) feito pelas Igrejas e mosteiros e de que ainda hoje (apesar do terramoto de 1755 e das pilhagens) restam importantes vestígios.

A importância quantitativa das somas que, através da compra no estrangeiro de produtos ostentatórios, eram sugadas ao circuito económico nacional pode explicar, em parte, a lentidão do desenvolvimento das forças produtivas nacionais e, assim, o marasmo económico dos fins da idade média.

Dentro do sub-circuito dos rendimentos pagos pela corôa, o sentido dominante das correntes é favorável aos senhorios, o que dá conta do papel do rei na atribuição do sobreproduto social às classes feudais.

3.9. Conclusão. A função geral do sistema político alto-medieval.

A partir do que fica dito é possível, agora, fazer um juízo de conjunto sobre a função geral da instância política na alta idade-média peninsular, sobretudo em Portugal.

As linhas de força desta função são as seguintes:

a) *constituir e tutelar jurídica e politicamente o monopólio senhorial sobre a terra*: organizando a aquisição *manu militari* de novos territórios (“reconquista”), titulando e disciplinando a sua apropriação pelas classes feudais (presúria, confirmação régia das presúrias), estabelecendo e garantindo a observância de uma ordem jurídica que salvaguardava o domínio eminente das classes feudais sobre a terra, promovendo a integração de toda a população no sistema de exploração feudal (lei de 1211, P.M.H., pág. 179);

b) *dar coesão ao bloco social no poder (classes feudais)*: regulando, de forma geral, os respectivos estatutos jurídicos e os deveres e direitos mútuos (*Fuero Viejo*, concórdias ou concordatas com o clero), arbitrando as questões e procrevendo a guerra e

vingança privada, factores de tensões e auto-destruição das classes feudais (cf. inúmeros episódios descritos nos “livros de linhagens”⁽²⁸⁵⁾ e, em contraponto, leis de 1211, núms. 5, 6, 13), garantindo a participação no poder às classes feudais (descentralização do poder, *cúria régia*);

c) *coadjuvar na apropriação e subsequente distribuição do excedente social pelas classes feudais*: fiscalidade da corôa, participação da corôa nas receitas dos concelhos (“jantares”, “terças”), e sua posterior distribuição às classes feudais através de contias, moradias, tenças, doações, etc..

É claro que só uma análise aprofundada — e, de resto, nem sempre fácil ou de resultados tão lineares como os parágrafos anteriores podem deixar supor — pode patentear esta função geral do sistema político alto-medieval. Ao nível das intenções manifestas (ao nível mesmo da consciência das pessoas, inclusive dos próprios beneficiários) as coisas apareciam diferentemente. É que, então como agora, as formas ideológicas (i.é, as concepções doutrinárias, religiosas, jurídicas) obscureciam o funcionamento real das instituições. E, embora se possam encontrar exemplos textuais identificando os fins do Estado com a satisfação dos interesses do rei e das classes feudais (“para meu serviço e da minha casa”, “para meu serviço e dos meus vassalos”), a generalidade dos textos, recolhendo a tradição doutrinal visigótica do poder como serviço, apresentam o rei como defensor do interesse comum e, até, do interesse dos mais humildes e fracos⁽²⁸⁶⁾.

⁽²⁸⁵⁾ Cf., para algumas sínteses impressivas e pitorescas, H. DA GAMA BARROS, *História...*, II.

⁽²⁸⁶⁾ A título de exemplo, as referências que ocorrem nas leis de 1211: “parando mentes aa prol do reyno”, “pensando em prol do nosso reyno e en nossa ssaude”, “porque a nos pertence de fazermos merçee aos mesquinhos e de os defendermos dos poderosos”, “a proveyto do meu regno”, “per boom paramento e proveyto do rreyno de Portugal”, “peo boom paramento e proveito do meu reyno e por mha prol e vossa”, “... eram muito a meu dano e dos meus filhos dalgo e dos meus mosteiros e das hordiis e de todo o meu pobqo”, “porque a nos pertence defender com justiça hos pobres do nosso senhorio contra os poderosos”, [prejudicava] “a arcebispos e a bispos e aos prelados e aas igreijas e aos moesteyros e aas pessoas das eigreias e dos moesteyros e aos fidalgos e aas ordiis e aos concelhos e a todos os poboos e a todalas comunidades do meu reyno” (esta última, duma lei de 1273, P.M.H., *Leges et Cons.*, I, 229).

4. O direito.

4.1. O direito dos reinos da alta idade média peninsular. Caracteres gerais.

Tal como as instituições político-sociais, o direito dos reinos peninsulares da reconquista apresenta caracteres específicos que o individualizam em relação aos direitos anteriores, nomeadamente ao estabelecido pela legislação visigótica. A grande polémica que tem surgido entre os historiadores desta época decorre, então, à volta da questão de saber qual o processo genético que explica a rapidez com que as instituições jurídicas pós-visigóticas perdem o contacto com o direito visigótico escrito.

Não é esta a ocasião azada para desenvolver com pormenor as posições tomadas ao longo desta polémica, ainda hoje em aberto. Refira-se, apenas, que as teses tradicionais são duas. Por um lado, a que explica a novidade do direito da reconquista pela revivescência de primitivas instituições germânicas consuetudinárias que, apesar da legislação romanizante dos reis visigodos, teriam mantido uma vigência latente, irrompendo mal se desagregou o poder político que impunha a vigência do direito legislado. Por outro, a que liga as instituições alto-medievais à nunca interrompida tradição jurídica romanista⁽²⁸⁷⁾.

Como já tem sido notado, esta questão — descontando mesmo o esquematismo e unilateralidade de certas posições — releva de uma atitude historiográfica que se preocupa mais com a “genealogia” das instituições (i.é, com a perspectiva diacrónica, com a problemática da “influência”) do que com a elucidação dos factores genéticos contemporâneos às próprias instituições; na verdade, ainda admitindo que os modelos de certas instituições jurídicas da reconquista são influidos por modelos anteriores, o decisivo para a compreensão do direito da reconquista é explicar, à luz das condições da prática jurídica e da prática social da época, as razões pelas quais os modelos do passado puderam ter uma nova vigência e ser aceites. Por outro

⁽²⁸⁷⁾ Cf., para uma descrição mais detida das várias teses, com indicação dos seus representantes mais destacados, N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português...*, cit., 119-23 e 201 ss. Existem, evidentemente, outras teses, como a da revivescência de instituições primitivas ou a da decisiva influência do direito franco (cf. *ibid.*, loc. cit.).

lado, mesmo colocando-nos na perspectiva “genealógica”, é errado ignorar o poder genético das próprias condições sociais e culturais da reconquista, pois elas mesmas poderão ter sido responsáveis (como decerto o foram) por um bom número de instituições jurídicas novas⁽²⁸⁸⁾.

4.2. O direito dos reinos da alta idade média peninsular. Características institucionais da prática jurídica.

Ao contrário do que acontece hoje (ou do que acontecera em Roma) a tarefa de declarar e aplicar o direito não estava, na alta idade média, cometida a uma categoria especializada de pessoas. Pelo contrário, o direito é aplicado perante assembleias comunitárias, denominadas *concilium* ou *iuncta*, presididas por juízes, provavelmente eleitos pelos povos.

São frequentes, nos documentos da época, as referências aos *concilia*⁽²⁸⁹⁾; em alguns deles descreve-se pormenorizadamente a sua constituição e o seu modo de funcionamento⁽²⁹⁰⁾. Por aí podemos ter uma ideia da sua constituição: neles tomavam parte os juízes e outros funcionários e potentados locais e um grande número de homens bons da região, expressão que provavelmente designava o homem livre, proprietário de terras⁽²⁹¹⁾; em alguns casos a constituição do *concilium* parece ter sido mais restricta,

⁽²⁸⁸⁾ No mesmo sentido, fundamentalmente, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 207 e, nas páginas seguintes, um apanhado das influências dos diversos sistemas jurídicos anteriores.

⁽²⁸⁹⁾ Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., XI, 26 ss.; A. HERCULANO, *História de Portugal*, vol. VII; e, ainda, docs. citados por M.^a HELENA COELHO, *O mosteiro de Arouca...*, cit., 17 ss., 87 ss.

⁽²⁹⁰⁾ Cf., por exemplo, o doc. n. II cit. no apêndice documental de M.^a HELENA COELHO, *O mosteiro de Arouca...*, cit., 187.

⁽²⁹¹⁾ “... et pervenerunt ad concilium... ante alvazir domno Menendus et concilio toto de illa civitate...” (*P.M.H., D.C.*, n.º 663); “... concilium toto de Monte Maior ubi erant multorum filiorum bene natorum...” (*P.M.H., D.C.*, n.º 918 ou *Livro preto da Sé de Coimbra*, vol. I, Coimbra 1977, 156 s.); “... venerunt majordomus de Sancta Maria... et saion ipse pessimus... et iustitia regis..., de Cucujanes abbas... Nuno Suariz et Johanne Midiz et Suerio Gutierriz et aliorum filiorum bonorum virorum...” (*R. DURAND, Le cartulaire...*, cit., 131); “ipsos iudices... et multorum bonorum hominum qui sunt in valle de Arouca vel quanti sunt in villa Cartemiri et in Vilar...” (*M.^a HELENA COELHO, O mosteiro...*, cit., 188); por vezes, o *concilium* aparece contraposto copulativamente ao conjunto dos homens bons (cf. *P.M.H., D.C.*, 796).

coincidindo, por exemplo, com uma comunidade elcesiástica⁽²⁹²⁾.

Quanto aos juízes, são provavelmente eleitos pelos homens bons de entre as pessoas mais sensatas e respeitadas do local. Neste sentido militam, não só o facto de os juízes permanecerem em funções mesmo quando mudam os funcionários régios responsáveis pela região, como sobretudo o facto de um dos privilégios aparentemente mais desejado pelos povos, como documentam os forais da época, ser precisamente o do reconhecimento da sua autonomia quanto à nomeação dos juízes⁽²⁹³⁾.

Aparentemente, o processo não decorria indiferentemente perante o juiz e o *concilium*. Um pouco à maneira romana (em que o processo se encontrava dividido em duas fases, uma destinada a esclarecer a questão de direito — fase *in iure*, perante o pretor —, outra destinada a averiguar a matéria de facto — fase *apud iudicem*, perante o juiz) o processo iniciava-se perante os juízes, a quem competia identificar a questão central do pleito, sobre a qual devia incidir a prova, e decidir acerca dos meios de prova a utilizar (prova por averiguações — *por exquisita* ou *enquisa* —, por juramento — *por firma* — ou por combate judicial — *por repto*)⁽²⁹⁴⁾. Só então, e agora perante o *concilium* a quem era comunicada a fórmula judiciária do juiz, se produzia a prova que era apreciada publicamente. Esta bipartição do processo, sugerida por algumas fontes⁽²⁹⁵⁾, deve basear-se na

⁽²⁹²⁾ Isto acontece aparentemente em Guimarães, onde o *concilium* era presidido pelo prior da colegiada de Santa Maria e constituído pelos seus cónegos (cf. *P.M.H., D.C.*, doc. 251 e M.^a HELENA COELHO, *O mosteiro...*, cit., 195); note-se, em todo o caso, que existia um juiz eleito (cf. docs. cit. e foral de 1111).

⁽²⁹³⁾ Cf. Forais de Guimarães (1096), Coimbra (1111), Numão (1130), Sintra (1154), Covas (1162), etc.

⁽²⁹⁴⁾ Cf. Fr. JOAQUIM DE SANTA ROSA VITERBO, *Elucidário...*, v. “firma”, “repto”, “exquisita”; também, JOSÉ VERÍSSIMO ÁLVARES DA SILVA, *Sobre a forma dos juízos nos primeiros séculos da monarquia portuguesa*, em *Memórias de litteratura. Academia Real das Sciencias*, vol. VI, Lisboa 1796, 35 ss.

⁽²⁹⁵⁾ Cf., entre outras: “... in qua causa ita iudiciali sententiam deffinitum est [pelos juízes antes nomeados] ut... (1.^a parte do pleito)... Videns autem concilium de Maiorica quia iudicio convincebatur... (2.^a parte)”; (doc. cit. H. GAMA BARROS, *História...*, III, 261 nota 1) “... et mandarunt ipsos iudices ut roborassem plazum comodo... et quando venerunt ad diem plazi dederunt illas testes dedit Gudesteo Muniz XV testes et dedit Adaúlfo X testes. Viderunt illos iudices... ut traucissent illas testes de Gudasteo quia erant plures et meliores... et

impossibilidade ou inconveniência de se tratarem dos pontos mais técnicos do sistema jurídico (definição da questão juridicamente decisiva, regime de prova, etc.) numa assembleia muito vasta e com conhecimentos limitados do direito mais técnico. Este direito, nos estreitos limites em que tinha vigência, era conhecido apenas de algumas pessoas de cultura um pouco superior ou mais rodadas nas lides forenses⁽²⁹⁶⁾ que, por isso mesmo, seriam eleitas juízes e, nessa qualidade, preparavam os pleitos para decisão popular.

O direito invocado nestes julgamentos populares era, sobretudo, o direito consuetudinário local (cf., adiante, capítulo sobre as fontes de direito), ou seja, o que correspondia ao sentimento comunitário de justiça⁽²⁹⁷⁾. Daí, o apêgo dos povos aos seus próprios foros e a resistência que ofereciam à imposição do direito régio⁽²⁹⁸⁾.

Além dos tribunais locais, existia o tribunal da côrte que — como se viu atrás, ao descrever a competência e funcionamento da cúria régia — assessorava o rei na sua atribuição de aplicar a justiça.

O tribunal da côrte coincidiu inicialmente com a própria cúria régia; nas suas sessões se designava, no entanto, certo (ou

perviderunt ipsos iudices... Frigiulfu Domnaniz, Nunu Teliz, Abomar Didaz, Elderigu presbiter et alii multorum bonorum hominum ut fuissent ad illa villa ubi erat illa intentio quomodo et fuerant (1.ª parte) ud vidissent cuia erat illa iniusta aut cuia veritate (2.ª parte)” (M.ª HELENA COELHO, *O mosteiro...*, 187-8); cf., ainda, *P.M.H., D.C.*, n.º 746 (a. 1091), em que a questão jurídica é julgada em Coimbra e a questão de facto é apreciada pelo *concilium* de Arouca, e outras fontes.

⁽²⁹⁶⁾ Alguns dos juízes conhecem e citam o Código Visigótico (cf. *P.M.H., D.C.*, n.º 746); outros pertenceriam à categoria dos *vires prudentes* com que se aconselha um litigante num pleito com a rainha Mafalda em 1224 (“habito consilio cum viris prudentibus et amicos et vassalis meis...”, R. DURAND, *Le cartulaire...*, cit., 366). Sobre a estrutura dualista do processo entre os povos germânicos, v. as informações genéricas de F. WIEACKER, *História...*, cit., 104 s. e bibliografia aí citada.

⁽²⁹⁷⁾ Cf. *Foros de Gravão*: “o que se iaz na carta, iuigeno como iaz na carta, e o que non iaz na carta, iuigeno os juizes com os homees boos segundo o seu sen” (*Collecção de ineditos de historia portugueza*, V, 2.ª ed. 1936, 378).

⁽²⁹⁸⁾ Cf. *Foros de Beja* (*P.M.H., Leges et cons.*, II, 73): “o que ffor procurador do Conçelho deve procurar deffender as cousas do conçelho e fazer guardar sseus foros e sseus bbons costumes e hussos que Elrey nem os sseus ouvençaees nom lhes vam contra elles”.

certos) membro com a função especial de julgar os pleitos que a ela subissem (*sobrejuizes*), tendo este cargo adquirido, a partir do início do século XIII, certa estabilidade. A competência do tribunal da côrte era muito vasta, pois se entendia que as atribuições jurisdicionais do rei não deviam ter limites, constituindo a um tempo uma prerrogativa real e um direito fundamental dos súbditos. Por isso, recorrem à justiça real pessoas de todas as condições — ordens militares, mosteiros, concelhos, cavaleiros e vilões —, algumas movendo acções contra a corôa (que por vezes as perde, como acontece em acções movidas, já no séc. XIII, pelos mosteiros de Arouca e Cellanova)⁽²⁹⁹⁾. Alguns súbditos, no entanto, gozam do direito de litigar apenas perante este tribunal (nobres, clérigos — só até ao séc. XI, data em que se institui o foro eclesiástico —, funcionários régios, notários). A pouco e pouco, as praxes segundo as quais a decisão era tomada estabilizam-se, constituindo autênticas regras de direito: à plena disponibilidade e descricionariedade da ordem de juízo substitui-se a sua fixidez e jurisdicionalização; este processo, no entanto, só se completará no século XIV, já sob a influência do direito processual romano-canónico. De salientar, a importância que a admissibilidade de recurso para o tribunal real teve na unificação de direito.

4.3. O direito dos reinos da alta idade média peninsular. Caracteres gerais do sistema jurídico.

A primeira característica do direito peninsular (e, portanto, também português) da alta idade média é o seu *carácter consuetudinário*⁽³⁰⁰⁾.

A vigência dos costumes instituiu-a o próprio condicionamento da reconquista, ao deixar isoladas e entregues a si mesmas as pequenas comunidades, sobretudo naquelas zonas onde o

⁽²⁹⁹⁾ Sobre isto, como, em geral, sobre o funcionamento da cúria régia como tribunal da côrte, cf. C. SANCHEZ-ALBORNOZ, *La curia regia portuguesa...*, cit., 89 ss.

⁽³⁰⁰⁾ Apesar de que existia uma certa diferença entre o sistema jurídico do oriente peninsular, em que o direito escrito (*Liber iudicum* e *capitulares* francos) predomina, e o centro e ocidente peninsular, em que o direito é quase exclusivamente costumeiro. Sobre a distinção entre estas duas áreas jurídicas, v. A. GARCIA-GALLO, *Manual de historia del derecho...*, cit., 374 ss.

próprio estabelecimento da legislação visigótica fora precário, como no N. e NO. peninsular. Assim, a vigência do costume, antes de ser uma decisão ou uma concessão do rei, era uma consequência inevitável da vida que os poderes têm que acatar⁽³⁰¹⁾, pois, se não o fizerem, terão que contar com a decidida reacção dos povos, de que um texto citado por Gama Barros oferece uma descrição garrida (*História...*, cit., I, 64).

O costume representa uma prática social diuturna; mas, mais do que isso, representa a consagração jurídica desta prática através de decisões judiciais que a consideram “direita” (por oposição a “torta”, ou seja, anti-jurídica). Assim, a decisão judicial acaba por ter um papel decisivo na constituição do costume; e as fontes dão conta disso, referindo expressamente costumes consagrados por juizes (“foy julgado”, refere-se como origem de certas regras dos Costumes de Santarém, “item he costume per ipsum cantorem — chantre — elboreensem...”)⁽³⁰²⁾.

Ao construir o costume, o juiz não procede, porém, arbitrariamente; ele funda-se, pelo contrário, numa convicção comunitária acerca do direito que se cristaliza numa prática diuturna. Daí que o juiz, mesmo quando as partes ou os usos locais remetam para o seu bom senso ou alvedrio⁽³⁰³⁾ procure seguir os sentimentos jurídicos colectivos, para o que recorre, por vezes, aos conselhos dos homens bons⁽³⁰⁴⁾.

Por isso, as sentenças dos juizes dadas sobre um caso concreto ou um feito jurídico exemplar podem ser tidas como modelos para a resolução de outros casos (a estas decisões-modelo se chamou, em Castela sobretudo, *façanhas*)⁽³⁰⁵⁾.

⁽³⁰¹⁾ Cf. referência aos costumes da terra (*mores terrae*) nos arts. 4.º e 19.º do Concílio de Leão (*P.M.H., Leg. et cons.*, I, 135/6); “qua consuetudine, que pro lege suscipitur” (doc. 1191, cit. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., I, 62) onde se encontram outros exemplos: o próprio direito visigótico já atribuía grande relêvo ao costume (*Lex rom. wis.*, “Longa consuetudine... pro lege servatur”; *Lib. iud.*, III, 4, 2; VIII, 5, 1; etc.).

⁽³⁰²⁾ Cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 220 ss.; GAMA BARROS, *História...*, I, cit., 62, nota 4.

⁽³⁰³⁾ Por vezes, era o foro local que remetia para o arbítrio do juiz (v., *supra*, 174); outras vezes, eram as partes que lhes cometiam um juízo de equidade ou arbitral (juízo de alvedrio).

⁽³⁰⁴⁾ Cf. v.g., o relato do pleito no doc. 195 (a. 1208) de M.^a HELENA COELHO, *O mosteiro...*, cit., em que os juizes entrevistam, sucessivamente, acerca da solução a dar ao litígio, os homens bons de três localidades.

⁽³⁰⁵⁾ Sobre as “façanhas”, cf., em síntese, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 220, nota 4 e bibl. aí citada; G. BRAGA DA CRUZ, *O direito consuetudinário...*, cit., 180-1.

Os costumes, originariamente orais, foram sendo progressivamente reduzidos a escrito, ou por iniciativa particular, ou por ocasião da sua confirmação pelo senhor da terra. Entre nós, eles encontram-se fixados, quer nos *forais*⁽³⁰⁶⁾, quer nos *foros* e *costumes municipais*^(307a); estes últimos constituem repositórios, em geral bastante mais longos e de âmbito mais vasto de que os primeiros, do direito consuetudinário local, sobretudo nos domínios do direito criminal e processual.

A progressiva unificação sócio-política e jurisdicional (nomeadamente a crescente importância do tribunal da côrte como instância de recurso de âmbito nacional) do território português não pôde deixar de influir sobre a vigência do direito consuetudinário, mesmo nesta fase. Por um lado, há uma tendência para a generalização de certos costumes e a constituição — de certo não muito precoce — de certos costumes gerais (“costume he de todo o reino...”, Costumes de Santarém; “costume he de beia e de todo o reino...”⁽³⁰⁹⁾, Costumes de Beja); por outro, a tentativa, por parte do poder central, de corrigir e revogar os costumes que apareçam como contrários aos interesses do reino e dos povos na interpretação que lhes dava a corôa⁽³¹⁰⁾.

A partir de D. Afonso II dá-se, no entanto, um importante passo no sentido de promover a legislação real: na primeira cúria extraordinária do seu reinado (e, talvez, a primeira cúria

⁽³⁰⁶⁾ Os forais estão publicados sistematicamente, até 1277, nos *P.M.H., Leg. et cons.*, I; depois disso, apenas existem publicações isoladas (indicações em A. M. HESPANHA, *Introdução bibliográfica...*, cit.). Sobre a distância entre o costume original e o costume compilado, em virtude das alterações normalmente introduzidas pelo compilador, v. BADER, *Volk, Stamm, Territorium*, “Hist. Zeits.”, 1941, 249.

^(307a) Os foros os costumes municipais estão publicados na *Collecção de livros inéditos de história portuguesa*, cit., vols. IV e V; e nos *P.M.H., Leg. et cons.*, vols. I e II. Uma lista dos actualmente conhecidos é publicada por T. SOUSA SOARES, em H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 514 s.

⁽³⁰⁹⁾ Costumes e Foros de Santarém, *P.M.H., Leg. et cons.*, II, 20; cf., lei de D. Afonso III (*ibid.*, I, 255) em que se invoca o “costume segundo o chantre de Évora” sobre o mesmo assunto; o confronto pode ser esclarecedor.

⁽³¹⁰⁾ Cf. Lei II da cúria de 1211: “maaa costume dantigo soya seer assy em Coimbra como en todas vilas da nossa estremadura como en todas partes do rreyno que assi nós como aqueles que de nós tinham terras ou alcaydarias levavam de todas cousas de comer que vendessem a terça parte... A qual cousa pera todo senpre estabelecemos que nom valha...” (*P.M.H., Leg. et cons.*, I, 164).

extraordinária portuguesa)⁽³¹¹⁾ promulga-se uma série (cerca de 30) de actos legislativos de aplicação geral, cobrindo um vasto domínio de matérias (relações igreja-Estado, publicização da justiça, garantias dos vilãos, regulamento de cargos palatinos, etc.). Não se trata, evidentemente, de um “código” (muito menos no sentido moderno da palavra), mas o preâmbulo que antecede a série de leis, na sua versão quatrocentista, põe uma indubitável veemência no carácter inovador e fundamental deste corpo legislativo.

Outra característica do direito alto-medieval era a das suas *pluralidade, concretização e dispersão*, característica que se opõe ao moderno ideal de unidade, generalidade e sistematicidade do direito.

Hoje em dia, o direito é (ou pretende ser): (a) uma ordem única, e isto tem origem na unidade do Estado moderno; (b) uma ordem genérica e abstracta, o que decorre da igualdade dos cidadãos perante a lei; (c) uma ordem sistemática, o que tanto é exigido pela necessidade de segurança e previsibilidade das reacções jurídicas, como pelos ideais sistematizadores e conceitual-constitutivos da dogmática jurídica. Nada disto se passava com o direito da alta idade média.

Ao contrário do que acontecerá mais tarde, não existia então nenhuma norma definidora das fontes de direito com validade geral. Só com D. Afonso II (no início do séc. XIII) aparecem duas disposições relativas à questão de saber qual o direito em vigor no reino: uma (*P.M.H., Leg. et cons.*, I, 163-4) reconhecendo a vigência simultânea dos direitos régio e canónico e dispondo que, em caso de conflito entre eles, o direito régio ceda o passo ao direito canónico, solução que estava de acordo com a doutrina dominante dos canonistas (“succumbit ergo lex canonici ubi est ei contraria”, *Decreto de Graciano*)⁽³¹²⁾; outra (*P.M.H., Leges et cons.*, I, 180) proibindo, aparentemente, a recepção de outro direito estrangeiro — excluído o canónico — para além do contido no Código Visigótico⁽³¹³⁾.

⁽³¹¹⁾ Sobre as leis da cúria de 1211, cf., N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 233; C. SANCHES-ALBORNOZ, *La curia regia...*, cit., 70-1; DAMIÃO PERES, *Cortes de 1211*, em “Rev. port. hist.”, 4(1949) 1-8.

⁽³¹²⁾ Cf., sobre este assunto, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 242 ss.; opinião divergente em G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 188. Sobre o problema v., *infra*, 182³²⁷.

⁽³¹³⁾ Cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, 215 s. e 256 ss.

Mas, mais do que isso, o direito alto-medieval não tinha um âmbito nacional, como já vimos ao falar dos costumes. Cada terra regia-se por um direito próprio, baseado nos usos locais (*mos terrae*), nos precedentes dos juízes da terra, nas *cartas de privilégio*⁽³¹⁵⁾ concedidas pelo senhor. Direito que, ele próprio, não constituía uma ordem jurídica completa e exaustiva, amparando-se, frequentemente, no direito das zonas vizinhas. O direito régio respeitava estes ordenamentos jurídicos locais e para aí remetia frequentemente⁽³¹⁶⁾; uma das promessas inserida na fórmula dos juramentos reais era justamente a de guardar os foros e costumes do reino⁽³¹⁷⁾.

Depois, o carácter especial (por oposição a geral) do direito era reforçado pelo facto de haver normas de aplicação específica a cada grupo social, caracterizado quer pela sua função social, quer pela sua proveniência regional.

O primeiro caso é o das *ordens* (clero, nobreza e povo), que gozavam de estatutos jurídicos diferentes, consubstanciados quer num direito materialmente distinto, quer em foros e regras processuais distintas: o estatuto dos clérigos está fixado nas *concordatas* celebradas entre os nossos reis e a Igreja, nacional ou de Roma; a exclusiva subordinação dos clérigos aos tribunais e direito da Igreja, mesmo na generalidade dos pleitos com leigos sobre questões temporais estabelecem-se entre nós, pelo menos, no início do século XIII⁽³¹⁸⁾; quanto aos nobres, o seu direito especial consistia, sobretudo, em imunidades fiscais, em privilégios criminais e num regime mais favorável de prova⁽³¹⁹⁾; mesmo entre os vilãos, a generalidade e abstracção da norma jurídica não eram de regra,

⁽³¹⁵⁾ *Cartas de privilégio* são diplomas outorgados pelo monarca ou pelos senhores da terra concedendo a certa pessoa ou comunidade um estatuto jurídico especial (e mais favorável) do que o anteriormente usufruído. As suas espécies mais comuns são as *cartas de foral* e as *cartas de couto*.

⁽³¹⁶⁾ V. exemplos em H. DA GAMA BARROS, *História...*, I, cit., 61 ss.; o reenvio para os costumes locais é ainda feito, com certa frequência, no *Cód. civil de 1867* (cf. arts. 1089.º, 1623.º, 2096.º, etc.); mas o sentido é todo outro.

⁽³¹⁷⁾ Cf., v.g., o de D. Afonso III, em ANTÓNIO CAETANO DE SOUSA, *História...*, cit., *Provas*, I, 57.

⁽³¹⁸⁾ Sobre a evolução do foro eclesiástico, v., por todos, H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., II, 190 ss.

⁽³¹⁹⁾ Em Portugal, o foro especial dos nobres parece ter sido o próprio *Liber iudicum* (cf. lei de D. Afonso II, a. 1211, *P.M.H., Leg. et cons.*, I, 180); mais tarde, ter-se-á aplicado o direito consuetudinário da nobreza castelhana contido no *Fuero Viejo*. Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., III, 71.

pois muitas vezes as cartas de privilégio concediam aos habitantes de certa região um estatuto mais favorável, não só no domínio tributário, mas ainda em domínios como o da prova processual.

Do ponto de vista sociológico, esta pulverização dos estatutos sociais explica-se pelo papel activo dos níveis jurídico e político na conformação das relações económicas e sociais (cf., *supra*, 101 a 106). Assim, e em contrapartida, as tensões sociais manifestam-se directamente sob a forma de tensões jurídicas: as lutas (entre plebeus e nobres) em torno do estatuto jurídico da terra e do direito tributário, as lutas (entre nobres e a Igreja) em torno da servidão e do direito de asilo, as lutas (entre plebeus e a Igreja) em torno, por exemplo, da usura. Do ponto de vista ideológico, a pulverização dos estatutos pessoais obriga, não só à construção de uma teoria política que legitime a desigualdade dos cidadãos perante o poder, mas também à revisão da doutrina jurídica romana acerca da generalidade como característica normal (senão essencial) das leis, criando-se agora a ideia de “*lei particular*” ou “*privilégio*”⁽³²⁰⁾.

A terceira característica do direito alto-medieval — relacionada, em parte, com o que acaba de se dizer mas decorrente, ainda, de outros factores — é a do seu carácter “natural”, espontâneo, assistemático, ou seja, o facto de as suas normas se adequarem directamente à tensão social a regular, sem que haja uma qualquer mediação de carácter dogmático-conceitual ou sistemático. Se hoje (como já se disse, cf., *supra*, 28) a resposta que o direito dá aos conflitos sociais é uma resposta “filtrada” pelas categorias linguísticas e conceituais dos juristas, este “filtro” não existia na alta idade média: a terminologia jurídica é, geralmente, a terminologia corrente (por vezes vertida num latim coloquial) e não se notam quaisquer preocupações conceituais ou sistemáticas tendentes a uniformizar e a coordenar os conceitos jurídicos ou a reduzir as antinomias (contradições) do direito. Isto reflecte-se na oscilação semântica dos juristas, no carácter “desordenado” (do ponto de vista da nossa actual concepção de “ordem”...) dos textos normativos (v.g., dos foros municipais), etc.

⁽³²⁰⁾ Os romanos consideravam a lei como uma norma essencialmente geral (*generale iussum*, Aulo Gélio, *Noc. Att.* 10, 20, 2; cf., ainda, Paulo, D. 1, 3, 16); sobre isto, por todos, A. D'ORS, *Derecho Privado romano*, cit., 41. Já SANTO ISIDORO define o privilégio como lei particular (*leges privatorum, quasi privatae leges*, *Etimologias*, 5, 18). Sobre o carácter especial da própria legislação régia em Portugal até ao séc. XV, cf. H. GAMA BARROS, *História...*, cit., I, 130 ss.

Na raiz destas características do discurso jurídico, as características da prática jurídica (cf., *supra*, 26 ss.): nomeadamente, a inexistência de uma categoria de profissionais do direito com um estatuto sócio-cultural claramente diferenciado, estatuto que ocasionasse uma perspectiva especial (por “deformação profissional”, digamos) das realidades da vida. Os práticos do direito eram, como vimos, os próprios membros da comunidade, escolhidos por esta enquanto eram capazes de formalizar, sem refracções ou desvios, o próprio sentir jurídico da comunidade.

Finalmente, e esta é uma sua terceira característica, o direito medieval é um direito *débil*, desprovido de uma sanção autónoma dotada de eficácia. Aparentemente, os valores especificamente jurídicos que constituíam a base da aceitação e cumprimento espontâneos do direito (o respeito pela palavra dada — *pacta sunt servanda* —, a proibição do locupletamento à custa de outrem — *alterum non laedere* ou *suum cuique tribuere*), não mereciam um respeito geral. Daí que os instrumentos jurídicos se sobrecarreguem de fórmulas que apelam, não já para valores jurídicos, mas para valores religiosos que, esses sim, concitavam uma observância mais geral⁽³²¹⁾.

4.4. Fontes de direito.

O principal sobre as fontes de direito neste período ficou dito no capítulo anterior. Além do costume, das cartas de privilégio (nomeadamente dos *forais*, *concordatas* e *cartas de couto*) e da legislação régia (sobretudo a partir de D. Afonso II), pouco mais constituía direito em vigor entre nós. No entanto, três referências devem, ainda, ser feitas.

Uma, ao *Código Visigótico*, cujo conhecimento na zona portuguesa aparece documentado até ao início do século XII. Se as referências que lhe são feitas em alguns documentos traduzem uma simples rotina ou manifestação de erudição sem grande alcance prático⁽³²²⁾ ou se, pelo contrário, ele permanece como

⁽³²¹⁾ Isto é patente quer nas fórmulas iniciais dos documentos jurídicos (“In nomine Patris et Filii et Spiritus sancti, amen...”), quer na “maledictio” final (“quod si forte ex nostris parentibus aut ex filiis vel extraneis hoc nostrum factum... corrumpere voluerit vel infringere... maledictus et excommunicatus sit et cum Juda traditore in profundum inferni dimersus”), ambas as fórmulas do doc. n.º 63 de R. DURAND, *Le cartulaire...*, cit., 70). Para uma análise detida destas formas, cf. J. MATTOSO, *Sanctio (875-1100)*, “Rev. port. hist.” 13(1971).

⁽³²²⁾ G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 180, n.º 1; além dos documentos usualmente citados acrescente-se o recentemente publicado em *Livro preto da Sé de Coimbra*, Coimbra 1977, 229.

direito de referência dotado de eficácia prática⁽³²³⁾, é assunto discutido. Note-se, porém, a favor da segunda tese, que o *Liber iudicum* era, em zonas vizinhas de Espanha, o direito próprio das comunidades moçárabes⁽³²⁴⁾ e que ele é referido, numa lei do séc. XIII, como sendo o foro dos fidalgos portugueses⁽³²⁵⁾.

Outras, a dois direitos — o *canónico* e o *romano* — que, provavelmente, ainda nesta época terão começado a influenciar o direito nacional e a competir com ele na regulamentação das situações da vida. No entanto, sendo a época seguinte aquela em que a sua influência, como polos de referência doutrinal e como sistemas jurídicos positivos, virá a ser decisiva na constituição do nosso sistema jurídico, agora só lhes dedicaremos uma pequena referência.

Ao primeiro — constituído pelas normas jurídicas que regulavam internamente a organização e disciplina da Igreja — Sagrada Escritura, “tradição”, cânones dos concílios, normas jurídicas editadas pelo Papa (decretais, nomeadamente) — para referir que ele, sob a forma de disposições próprias da igreja espanhola (nomeadamente dos concílios de Toledo e, depois, de Coiança e Oviedo), continuaram a influir na organização temporal do reino português, como já acontecera no reino visigótico⁽³²⁶⁾; mas que, além disso, começa a ser conhecido o novo direito canónico da Igreja de Roma, ao qual se refere — lembremo-lo agora — uma das leis da cúria de 1211, subordinando-lhe o direito régio⁽³²⁷⁾.

Ao segundo, apenas para referir que — esquecidas que parece estarem as fontes visigóticas em que ele estava

⁽³²³⁾ N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 214 ss.

⁽³²⁴⁾ M. GARCIA GALLO, *Manual...*, cit., I, 367, 376.

⁽³²⁵⁾ P.M.H., *Leg. et cons.*, I, 180.

⁽³²⁶⁾ Sobre a influência do direito canónico sobre os direitos peninsulares da alta idade média, v., por todos, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, 235 ss. e bibl. aí citada; também recentemente, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 181 ss.

⁽³²⁷⁾ A interpretação discordante de G. BRAGA DA CRUZ (em *O direito subsidiário...*, cit., 188, n.º 16) parece pecar metodologicamente por se apoiar em argumentos literais extraídos de um texto que não é o original. N. E. GOMES DA SILVA rebate, com consideração muito impressivas, a opinião de G. BRAGA DA CRUZ; baseia-se, sobretudo, no confronto das várias versões disponíveis da referida lei e na incompatibilidade de algumas delas com a tese de G. BRAGA DA CRUZ (cf. *Sobre a lei da cúria de 1211 respeitante às relações entre as leis do reino e o direito canónico*, “Revista Jurídica”, I[1979] 13-21).

expressamente vasado (*Lex romana wisigothorum*) — a influência que dele eventualmente se note já é imputável, decerto, ao novo surto que o direito romano-justiniano está, agora (i.é, a partir do séc. XII), a ter na Itália⁽³²⁸⁾.

5. Bibliografia.

A principal bibliografia referente a cada um dos problemas particulares abordados no texto já foi indicada em nota; resta, portanto, traçar um panorama da bibliografia mais geral.

Sobre o sistema feudal, além da bibliografia já indicada, citem-se as sínteses, em português, GUY FOURQUIN, *Senhorio e feudalidade na idade média*, Lisboa 1978; C.E.R.M., *Sobre o feudalismo*, trad. port., Lisboa 1978.

O feudalismo peninsular, além de estar descrito no referido apêndice de L. G. DE VALDEAVELLANO, está-o também nas principais histórias gerais e das instituições de Espanha, das quais saliento a *Historia de España Alfaguara* e, no capítulo das histórias das instituições, a já citada de L. G. DE VALDEAVELLANO. De citar, apenas, a polémica posição de J. M. PÉREZ-PRENDES (em *Cortes de Castilla* e, também, no *Curso de historia del derecho espanol*, Madrid 1973) acerca da caracterização jurídico-política do feudalismo que, segundo creio, tem algum contacto com posições que, neste capítulo, ficaram sugeridas acerca do papel do direito e do poder político no seio do sistema feudal.

Para Portugal, as indicações bibliográficas gerais podem ser encontradas em A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Guia do estudante de história medieval portuguesa*, Lisboa 1964; as específicas da história do direito, em A. M. HESPAÑA, *Introdução bibliográfica à história do direito português*, já citada.

Descrições sistemáticas das instituições sociais, políticas e jurídicas medievais: A. HERCULANO, *História de Portugal*, vols. VII e VIII; H. DA GAMA BARROS, *História da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV*, 1.^a ed. 1885-1922 (em 4

⁽³²⁸⁾ Sobre os primeiros sintomas da recepção do direito romano em Portugal, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 285 ss. e bibl. aí citada.

vols.); 2.^a ed. (em 11 vols. com actualizações e correcções de T. SOUSA SOARES), 1945-54 (os vols. I, II e III tratam, em geral, da constituição política, da administração central e das classes sociais; os vols. IV e V, da população e do estatuto das classes populares; os vols. VI, VII e VIII, do regime da propriedade; os vols. IX e X, das actividades industrial e comercial; o vol. XI, das instituições administrativas; existe um índice analítico desta obra fundamental, mas refere-se à 1.^a ed., AUGUSTO R. MACHADO, *Índice analítico da história da administração pública...*, Lisboa 1939); FORTUNATO DE ALMEIDA, *História de Portugal*, Lisboa 1922-9, vols. I, II, III; M. PAULO MERÊA, *Organização social e administração pública*, em *História de Portugal* (ed. mon.), vol. II, e *Introdução ao problema do feudalismo em Portugal*, Coimbra 1922; MARCELLO CAETANO, *História do direito português*, Lisboa 1981. A descrição do sistema económico e a descrição, a esta luz, das instituições sócio-políticas, encontra-se em A. CASTRO, *A evolução...*, cit. e, agora, em *História económica de Portugal*, Lisboa 1980-1 (em publicação).

Falta um manual que descreva sistematicamente as instituições jurídicas medievais, sobretudo nos seus aspectos conceituais e dogmáticos. O que melhor cumpre essa função é a obra de M. PAULO MERÊA, *Resumo das lições de história do direito português*, Coimbra 1925, onde se pode encontrar uma síntese, feliz e segura, do que então se sabia sobre o assunto. Indicações complementares, só em obras estrangeiras sobre o correspondente período do direito europeu (v.g. P. OURLIAC e J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris 1961) JOHN GILISSEN, *Introduction historique...*, cit., ou dispersas na obra de autores como M. PAULO MERÊA, G. BRAGA DA CRUZ (sobretudo para os direitos de família e sucessório) e M. J. ALMEIDA COSTA (sobretudo para os direitos reais e de crédito). Para uma bela síntese dos caracteres direito europeu nesta época, F. WIEACKER, *História...*, cit., e F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Torino 1956.

A melhor história das fontes do direito é hoje o manual de N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, ed. polic., Lisboa 1980²; notáveis, também, pela erudição as páginas de G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, Coimbra 1975, sep. da "Rev. port. de história", dedicadas a este período.

As mais importantes colecções de documentos jurídicos, para o período são: *Port. Mon. hist. Diplomata et chartae* (docs.

até 1100), *Documentos medievais portuguesas*, Lisboa 1940 — ..., 3 vols. (até 1185), *Censual do cabido da Sé do Porto*, Porto 1924 (até ao séc. XIV), *Corpus codicum...*, Porto 1891-1957, 6 vols. (docs. do Arquivo Mun. do Porto até ao séc. XIV), *O Livro Preto da Sé de Coimbra*, Coimbra 1977, 3 vols., (docs. até ao século XIV), além de muitas outras, incluídas sobretudo em estudos monográficos.

VI

PERÍODO SISTEMA POLÍTICO CORPORATIVO

("Stā ndeswesen", ou "Stā ndestaat",
segunda metade do séc.XIV a meados do séc. XVIII)

1. Conspecto económico-social.

1.1. Introdução. A crise do séc. XIV.

O período anterior fôra um período de expansão — de expansão da economia agrária, marcada pelo movimento da roturação de novas terras, de expansão do poder senhorial que, como vimos, assentava na apropriação das rendas fundiárias. O novo período vai corresponder a uma profunda crise de uma coisa e outra, crise que se verifica na área portuguesa, mas que corresponde a uma crise geral da economia europeia.

Alinhemos, de modo muito resumido, algumas das manifestações desta crise. Na sua origem, parece estarem factores de ordem social, demográfica e climática, comuns à generalidade das regiões ocidentais da Europa — dos quais sobressai a "peste negra" (ano de 1347 e seguintes⁽³²⁹⁾) — responsáveis por um sensível despovoamento dos campos e pela diminuição da produção agrícola, sobretudo de cereais. Em Portugal⁽³³⁰⁾, os

(³²⁹) Sobre a "peste negra", *Para o estudo da peste negra em Portugal*, obra colectiva, "Braccara Augusta", vol. XXIV-XXV (1963) 210-39; síntese A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Peste negra*, em "Dic. hist. Port.". Indicações bibliográficas actualizadas em M.^a H. C. COELHO, *Um testamento redigido em Coimbra no tempo da peste negra*, "Rev. Port. Hist." 18(1980), 312 ss.

(³³⁰) Sobre a evolução geral da economia europeia nos finais da idade média e a crise económica dessa época, cf., por todos, *Cambridge economic history of Europe (The)*, vols. I ("The agrarian life in the Middle Ages") e II ("Trade and industry in the Middle Ages"), Cambridge 1942-52, e É. PERROY, *A*

sintomas da crise agrícola são o abandono e despovoamento dos campos e a fuga para as cidades da população camponesa, a escassez dos cereais e consequentes importação e subida do seu preço, a subida geral dos preços traduzida na desvalorização da moeda, etc.

Esta crise não atingiu igualmente todos os sectores da agricultura (muito menos da economia), nem afectou por igual todos os estratos sociais.

Entre aqueles que mais duramente se ressentem das suas consequências estão as classes feudais, nomeadamente a nobreza, vivendo sobre as rendas da actividade agrícola, sobretudo, da cultura de cereais. Estas rendas são agora afectadas — sendo parciárias ou fixas — pela quebra da produção agrícola e pelo abandono das terras, mas também — sendo fixas — pela desvalorização da moeda e pelo incremento da produtividade.

A este factor de crise económica da nobreza terratenente somam-se outros: o fim da Reconquista — e, com ele, o fim das possibilidades de engrandecimento da fortuna fundiária dos nobres, a pulverização da propriedade nobre pelo efeito das partilhas sucessórias, a imobilização do domínio eminente de muitas terras na mão das instituições eclesiásticas, o aumento dos gastos sumptuários e militares.

A saída para esta crise geral da classe senhorial foi procurada em várias frentes. Na frente económica, as classes feudais tentam operar uma reconversão económica do seu senhorio territorial para áreas de actividade menos sensíveis à crise, como, por exemplo, a pecuária e a propriedade urbana⁽³³¹⁾ (ou mesmo o comércio) assim como procuram

l'origine d'une économie contractée. Les crises du XIVe. siècle, em "Annales. Ec. Soc. Civ." 4(1949) 167 ss. Para Portugal, as referências mais desenvolvidas têm sido feitas por A. H. OLIVEIRA MARQUES, a quem cabe o mérito de ter evocado esta problemática na nossa historiografia (cf. *Introdução à história da agricultura...*, cit., 257 ss.; *História de Portugal*, cit., I, 1.^a ed., 171 ss.). Para a Península, boa síntese em J. A. GARCIA DE CORTÁZAR, *La época medieval*, vol. II da *Historia de España Alfaguara*, cit., 381 ss. Reagindo contra a explicação da crise do séc. XIV com recurso a factores "naturais" (a peste) e propondo uma explicação mais acentuadamente social, PIERRE VILAR e A. CUNHAL, no caderno do C.E.R.M., *Sur le féodalisme*, cit., p. 55.

⁽³³¹⁾ Sobre o incremento da pecuária nesta época, cf. o testemunho do § 18 da Lei das Sesmarias (em *Ord. Af.*, 4, 81, 18); sobre o interesse das classes nobres pelas rendas dos prédios urbanos, A. CASTRO, *A evolução económica...*, cit., III, 129 ss.

converter as rendas parciárias (mais sensíveis à queda da produção) em rendas fixas; na frente jurídica, surgem institutos tendentes a evitar a pulverização da propriedade nobiliária — como os *morgadios*⁽³³²⁾ (a partir dos inícios do séc. XIII) —, normas tendentes a fixar de novo à terra os produtores directos (cf., nomeadamente, § 6.º da Lei das Sesmarias de 28 de Maio de 1385) ou efectuando o tabelamento dos salários rurais⁽³³⁴⁾; na frente política, os senhores procuram reforçar o seu senhorio jurisdicional, incorporando-lhe direitos de carácter magestático, nomeadamente, atribuições jurisdicionais⁽³³⁵⁾, procuram alterar a sua base de incidência, enxertando-o agora sobre as actividades económicas mais dinâmicas (o comércio e a produção artesanal)⁽³³⁶⁾, tentam apossar-se do direito de nomeação dos cargos municipais e, assim, desviar para si as rendas a estes inerentes⁽³³⁹⁾.

Outro factor de crise da economia senhorial se vem, no entanto, acrescentar aos anteriores: o desenvolvimento, sobretudo nas cidades, de um sector de economia comercial (enxertado na produção agrária e, também, na artesanal) muito mais dinâmico do que o da economia agrária-senhorial.

Na origem do aparecimento deste sector organizado da economia mercantil estão vários factores, uns deles comuns a toda a Europa ocidental, outros próprios de cada região. Não é, aqui, a altura de analisar detidamente a questão, sendo apenas de referir sumariamente que, entre as circunstâncias mais claramente

⁽³³²⁾ A obra mais recente e importante sobre os morgadios (morgados ou vínculos), do ponto de vista da sua função social, é B. CLAVERO, *Mayorazgo. Estudio sobre la propiedad feudal en Castilla*, Madrid 1974; para Portugal, cf. a síntese de A. CASTRO, *Morgados*, em "Dic. hist. Port." e bibl. aí citada.

⁽³³⁴⁾ Cf., nomeadamente, os §§ 6 e ss. da cit. Lei das Sesmarias de 28 de Maio de 1375; existem outras leis de tabelamento de salários no período compreendido entre 1349 e 1401.

⁽³³⁵⁾ Cf., para os reinos da parte não portuguesa da península, J. A. GARCIA DE CORTÁZAR, *La época medieval...*, cit., 435 s.; para Portugal, com notícia das reclamações dos povos perante a tentativa de extensão da jurisdição senhorial, H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 478 ss. e, *infra*, 282 ss.

⁽³³⁶⁾ Cf., adiante, sobre a inserção do mundo económico urbano no sistema de exploração senhorial; ou A. CASTRO, *A evolução...*, cit., III, 124 ss.

⁽³³⁹⁾ Cf. A. CASTRO, *A evolução...*, cit., III, 139 ss.; sobre a apropriação das terras concelhias, outro expediente das classes feudais para aumentar a depauperada fortuna fundiária, cf., *ibidem*, 137 s.

favoráveis a este surto de expansão mercantil, parece contarem-se: o incremento de certas produções agrícolas excedentárias, a intensificação da circulação interna, a integração no território nacional de zonas muçulmanas com tradições comerciais, a intensificação do comércio externo com o norte e o sul da Europa, a própria crise da economia agrícola e a consequente subida de preços, proporcionando maiores lucros aos comerciantes⁽³⁴⁰⁾.

Não se pense, no entanto, que antes do século XIII não tivesse existido, entre nós, actividade comercial. Ela existiu sempre, não só, de forma dispersa, nas zonas rurais do norte, mas, principalmente, nas zonas urbanas do sul, em que a ocupação moura tinha ocasionado a preservação e, até, desenvolvimento, do comércio com o resto do mundo árabe peninsular e mediterrânico. A partir do séc. XIII, no entanto, o alargamento da actividade comercial traz consigo algumas novidades. A primeira novidade é o carácter organizado e autónomo da actividade comercial: não mais apenas o pequeno comércio, eventual e acessório, dos excedentes agrícolas, mas o comércio sistemático, desenvolvido sobre uma organização própria, sobre instituições autónomas (mercados, feiras), exigindo uma actividade produtiva para ele directamente vocacionada.

Outra novidade da actividade comercial na época a que nos estamos a referir é o facto de ela ser agora prosseguida por um estrato social especializado, embora composto de indivíduos diferentemente ricos (almocreves, regatões, peixeiras, comerciantes locais ou tendeiros, comerciantes internacionais ou, como as fontes por vezes os designam, “mercadores da grosso trato”). É este grupo social que vai estar à frente da zona mais dinâmica e mais lucrativa da actividade económica e que, portanto, vai inflectir a seu favor as mais vultuosas correntes de rendimentos da economia baixo-medieval, embora — como veremos — acabe por ser expropriado de parte deles pelos mecanismos da renda feudal.

Terceira novidade da economia baixo-medieval é o aparecimento da produção (agrícola e artesanal) directamente dirigida para o mercado. Na economia agrícola, isto origina, por vezes,

⁽³⁴⁰⁾ Na nossa legislação dos séculos XIII e XIV aparecem referências às vantagens que a situação de carestia traria aos comerciantes e artesãos; esta é mesmo uma dominante nas queixas dos concelhos. No entanto, W. KULA (*Théorie économique du système féodal...*, cit., 55 ss.) opina que os períodos de alta de preços não seriam vantajosos para o sector artesanal, dada a alta dos preços das matérias primas e dos salários, por um lado, e a inelasticidade da oferta (decorrente da reduzida capacidade produtiva), combinada com o carácter reduzido e muito elástico (em virtude da persistência do auto-abastecimento) da procura, por outro.

certas modificações culturais (substituição de culturas para auto-consumo — poli-cultura — por culturas destinadas exclusivamente à produção de excedentes para o mercado, mono-cultura); mas não tem importantes consequências sociológicas. Já no que respeita à produção artesanal, a produção para o mercado vem originar a especialização profissional (e consequente autonomização social) do grupo dos artesãos.

A quarta novidade decorrente da instituição do mercado e da consequente existência de extensos grupos sociais não directamente produtores de bens de consumo primário (nomeadamente, de géneros alimentícios) verifica-se ao nível ideológico e é constituída pelo aparecimento daquilo a que se pode chamar a questão “das subsistências”, ou seja, a preocupação pela suficiência de géneros para o sustento de todos. Esta preocupação leva a proibir a exportação⁽³⁴¹⁾ (ou a condicioná-la à importação de uma partida equivalente de géneros, cf., v.g., lei de 26.12.1253)⁽³⁴²⁾, a garantir uma justa distribuição dos géneros por todos⁽³⁴³⁾, a criar uma rede pública de almocreves e regatões, adscrevendo certos indivíduos a estas funções⁽³⁴⁴⁾, a tomar medidas de fomento agrícola; e permite ainda a cobertura ideológica de certas medidas dirigidas, afinal, à satisfação de interesses menos gerais, como o tabelamento dos preços e salários⁽³⁴⁵⁾, o investimento das classes feudais na construção de lojas, tendas e mercados nas cidades⁽³⁴⁶⁾, etc.

Do ponto de vista institucional, tudo isto se concretiza no aparecimento de realidades novas.

A elas, no excursu seguinte, dedicaremos alguma atenção.

⁽³⁴¹⁾ Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., V, 134 e 135; XI, 199.

⁽³⁴²⁾ Cf. lei de 26.12.1253, em P.M.H., *Leg. et cons.*, I.

⁽³⁴³⁾ Cf. Lei sobre almotaçarias, em *Livro das leis e posturas*, ed. N. C. GOMES DA SILVA, Lisboa 1971, 277.

⁽³⁴⁴⁾ Cf. *ibid.*

⁽³⁴⁵⁾ Cf. agravamento das Cortes de 1331, em *Livro das leis e posturas*, cit., 319; já em 1253, se tinha procedido a uma vasta taxaço de preços e salários. A “peste negra” dá origem a outras medidas deste género, v.g., a lei de 1349(?), em *Livro das leis e posturas*, cit., 448.

⁽³⁴⁶⁾ Cf. Agravamentos dos concelhos nas Cortes de 1331, em *Livro das leis e posturas*, cit., 298; trinta anos mais tarde o problema subsiste; cf. M. CAETANO, *A administração municipal de Lisboa durante a 1.ª dinastia*, Lisboa 1951, 35/6. Como aqui se diz, o que o rei pretendia era aumentar as suas rendas, quer patrimoniais, quer jurisdicionais.

2. A regulamentação jurídica da actividade económica.

Em que medida esta reconversão da actividade económica obtém reflexos ao nível jurídico? De que modo se comportam o sistema político e o direito perante ela?

Desde logo, distingamos dois planos em que esses reflexos ou comportamentos podem surgir: por um lado, o plano das medidas legislativas ou regulamentares, correspondente à posição da instituição “estadual” (no seu sentido lato, compreendendo a administração central, local e senhorial) perante as novas realidades da economia; por outro lado, o plano das instituições jurídicas, correspondente ao modo como os juristas as constroem, ou seja, ao impacto das novas instituições económicas no sistema institucional e conceitual do direito.

Trataremos, sobretudo, do primeiro aspecto, já que o segundo — porventura o mais interessante do ponto de vista da história jurídica — cai fora do âmbito definido para este curso.

2.2.1. Formas e objectivos da regulamentação da actividade económica.

Desde o século XII que encontramos normas jurídicas regulando a actividade comercial e de produção para o mercado. Os motivos que lhes subjazem são vários, mas não é abusivo dizer-se que, em geral, esta regulamentação mal encobre uma atitude de suspeição e repressão em relação ao comércio e aos comerciantes e artesãos. Estamos ainda muito longe dos tempos em que o comércio e a indústria serão, em si mesmos, actividades desejadas como factor de progresso social e o lucro dos comerciantes encarado como um legítimo resultado da sua actividade e, portanto, defendido e incentivado. Por agora, a actividade comercial e industrial é, antes, tida como uma actividade estritamente subordinada à satisfação das necessidades de abastecimento público, podendo dizer-se que toda a sua regulamentação decorre daí. Isto explica que alguma dessa regulamentação seja um factor de atrofamento daquelas actividades pondo, afinal e paradoxalmente, em risco os fins de abundância no abastecimento, de que arrancara.

Se algum interesse existe por parte da corôa em desenvolver o comércio e a indústria, trata-se de um interesse *indirecto*, motivado sobretudo pelo intuito *directo* de aumentar as rendas fiscais enxertadas sobre a actividade comercial.

Vejam os mais detidamente, porém, quais os objectivos típicos da regulamentação da actividade económica:

a) Uma primeira finalidade das medidas legislativas e regulamentares disciplinando a actividade comercial e artesanal é *garantir o abastecimento* ⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf., sobre o tema do “abastecimento” e das “subsistências”, *supra*, 190 ss.

Isto está na origem, desde logo, da criação régia, senhorial ou concelhia de *feiras*, acompanhada da concessão de certos privilégios para os feirantes (dos quais os mais importantes eram a isenção de impostos indirectos — portagens, sisas, etc. — e a concessão de couto durante o período da feira — *paz da feira*) ⁽¹⁴⁸⁾. Acrescenta-se que a criação de feiras, sempre que não fosse acompanhada de privilégios fiscais, redundava também num aumento dos créditos reais.

Ainda prosseguindo idênticos objectivos, surgem as leis sobre almotaçarias, instituindo um registo concelhio dos fabricantes e vendedores de bens de primeira necessidade e adscrevendo-os à obrigação de abastecer os concelhos sob pena de serem expulsos do concelho e de perderem aí todos os seus bens ⁽¹⁴⁹⁾.

A mesma finalidade de garantir as subsistências preside à frequente proibição de exportar produtos ou, pelo menos, de condicionar esta exportação à importação de quantidades correspondentes ⁽¹⁵⁰⁾.

b) Outra finalidade prosseguida pela regulamentação da actividade comercial e industrial é a de *evitar a subida dos preços*. Medidas deste tipo, que se traduziam num sacrifício dos interesses dos produtores e pequenos comerciantes do mercado abastecedor aos interesses dos consumidores (cf., *infra*, 231 ss.) encontram-se desde 1145 (posturas de Coimbra) ⁽¹⁵¹⁾ e, sob a forma de lei geral, desde 1253, data em que se taxam os preços da generalidade dos bens, dos salários, e da mão de obra dos artefactos ⁽¹⁵²⁾; a esta lei

⁽¹⁴⁸⁾ Sobre as feiras v. H. DA GAMA BARROS, *História...*, V, 94 ss., 192 ss. e X, 128 ss.; VIRGÍNIA RAU, *Feiras medievais portuguesas*, Lisboa 1943; síntese (desta historiadora) em “Dic. hist. Port.”, v. *Feiras*. Na doutrina do direito comum, D. A. PORTUGAL, *De donationibus*, t. 1, L. 2, C. 23.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. as leis sobre almotacés e almotaçarias de D. Afonso IV, em *Livro das leis...*, cit., 275 ss. Esta adscrição dos pequenos artesãos e comerciantes às suas profissões e à obrigação de abastecimento público, enxertava-se bem na tradição romana da existência de servos públicos, encarregados da satisfação das necessidades colectivas (*servi ministeriales*, donde, mais tarde, a expressão “mesterais”).

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. exemplos em H. DA GAMA BARROS, *História...*, V, 134 e 153 e IX, 199; quanto ao condicionamento da exportação, cf. lei de 26.12.1253 “Item mando et defendo quod nullus mercator de extra regnum saquet merchandiam de regno nisi duxerit aliam pro illa que se valeat cum illa” (*P.M.H., Leg. et cons.*, I, 194); outros exemplos em GAMA BARROS, *ob.cit.*, V, 147; também se encontra a proibição de importações, esta com finalidade diversa, a de não perturbar o monopólio dos produtores locais. Cf. H. GAMA BARROS, *História...*, V, 137. Cf., mais tarde, *Ord. Fil.*, V, 109; D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, t. 2, L. 3, c. 34, n. 5.

⁽¹⁵¹⁾ Cf. *P.M.H., Leg. e cons.*, I, 743.

⁽¹⁵²⁾ Cf. *P.M.H., Leg. et cons.*, I, 192.

seguem-se, durante os séculos XIV, XV e XVI, várias outras no mesmo sentido⁽¹⁵³⁾.

Para além destas medidas regulamentadoras gerais, a regulamentação era feita, sobretudo, a nível concelhio através dos almotacês, sobretudo a partir das câortes de 1331, em que o rei autoriza “que os concelhos ponham almotaçaria a todos os meesteirões e obreiros em que lhes dem gaanho convenhavel segundo o tempo e o logar que for, en tal guisa que os da terra non sejam agravados, e cada huu delles possa guarecer e passar per seu mester”⁽¹⁵⁴⁾.

É evidente que tal fixação dos preços, bem como da qualidade dos produtos, era vista com antipatia pelos pequenos comerciantes e pelos mesteiros, tanto mais que, por vezes, se se lhes proibia que, apesar das condições desfavoráveis do mercado, abandonassem os seus officios⁽¹⁵⁵⁾. Daí a sua luta por intervirem no governo dos concelhos — sobre a qual, v. *infra*, 231 ss. — ou, pelo menos, por serem ouvidos aquando da taxaço dos preços, o que conseguiram uma vez por outra⁽¹⁵⁶⁾.

Não eram, no entanto, apenas os interesses dos comerciantes e mesteiros que eram sacrificados pela estiva dos preços; também os produtores — e, logo, a própria produção — eram por ela afectados: assim, quando se queria incentivar o aumento de produção dum certo artigo, um dos expedientes utilizados era mantê-lo com preço livre⁽¹⁵⁷⁾. Havia, assim, uma profunda conflitualidade entre a taxaço dos preços — medida política destinada a garantir os interesses das classes urbanas não interessadas na produção ou no comércio de abastecimento local e o desenvolvimento da produção. A própria corôa e os privilegiados não deixavam de sofrer com a taxaço dos preços, já que isto provocava uma diminuição dos rendimentos fiscaes baseados no comércio. Por isso, aos clamores dos produtores e dos pequenos comerciantes contra o tabelamento, juntam-se os dos próprios arrecadadores dos impostos reais — que frequentemente procuravam obstar ao tabelamento concelhio⁽¹⁵⁸⁾ — e, mesmo, as queixas do soberano⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵³⁾ Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, V, 151, 154, 158/9, etc.

⁽¹⁵⁴⁾ *Livro das leis...*, cit., 318.

⁽¹⁵⁵⁾ Cf., v.g., H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., V, 162.

⁽¹⁵⁶⁾ Cf., v.g., H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., V, 158/9 e 162/3.

⁽¹⁵⁷⁾ Cf., para o pão, vinho, gado, selas e arreios, armas e vidros, o disposto nas *Ord. Af.*, I, 27, 10, onde se exceptuavam estes produtos da taxaço geral do preço do trabalho e das coisas vendíveis. Cf., sobre isto, H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., V, 159.

⁽¹⁵⁸⁾ Nas câortes de 1455, os povos queixam-se do empenhamento dos siseiros (i.e., dos arrecadadores das “sisas”) na defesa da liberdade de preços, invocando este curioso argumento (decerto ligado às teorias medievais do “justo preço”) de que a liberdade de preços “he fora do bom juizo e contra regimento

No entanto, os interesses dos grandes comerciantes das cidades e das restantes classes sobretudo consumidoras — envolvidos nos argumentos da garantia do abastecimento, da repressão da especulação, etc. — tinham peso suficiente para impôr estas medidas⁽¹⁶⁰⁾.

2.2.2. As corporações de mesteres

As circunstâncias, descritas no último número, em que se encontravam os mesteiros nos concelhos medievais explica a sua tendência para se organizarem em corpos de carácter profissional, inicialmente destinados a fazer valer os interesses da profissão perante um ambiente urbano restrictivo e hostil.

Mais tarde, esta organização profissional torna-se mesmo indispensável para efectivar a participação dos artífices na vida local — cf., *infra*, 4, 3. No entanto, o resultado mais importante da organização corporativa foi o de conseguir transformar a regulamentação externa (real, concelhia) da actividade artesanal — quanto a preços, qualidade, contingentes a produzir, distribuição de matérias primas — numa auto-regulamentação feita pelos próprios artífices e, portanto, mais favorável para os seus interesses.

Esta regulamentação estava contida, em primeira linha, no “regimento” da corporação, formulado consuetudinariamente ou em assembleia do “ofício” e aprovado pela corôa ou pela câmara⁽¹⁶¹⁾. Aí se estabeleciam as normas profissionais relativas à disciplina do trabalho, aos processos técnicos e matérias primas a

antigo per que se o mundo rege e governa, e sem elle vossa corte e moradores della e os poboos se nom poderiam soportar, e seria contra o principio que diz que o mundo se ha de reger por razom e medida” (cit. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., V, 160).

⁽¹⁶⁰⁾ Diz-se nos *Artigos das sisas* (1476) que “huma das principaes cousas, que fazem abatimento das nossas rendas, são posturas e ordenações que os officiaes de cada hum concelho fazem cada vez que lhes praz em prejuizo dellas”, ANTÓNIO MANESCAL, *Systema ou collecção de regimentos reaes*, Lisboa 1718-24, I, 308.

⁽¹⁶¹⁾ Não deixa de ser significativo que, em 1472, o rei restrinja aos géneros produzidos no reino o tabelamento dos preços, deixando livres os importados. Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., V, 160/1.

⁽¹⁶²⁾ Os primeiros regimentos escritos conhecidos são dos finais do século XIV (o primeiro é o dos borzeigueiros de 1489). Em 1572, Duarte Nunes de Leão compila os regimentos existentes no *Livro dos regimentos dos officiaes mecanicos...* (ed. por VERGÍLIO CORREIA, Coimbra 1926). Outros documentos para a história dos mestres foram publicados por FRANZ-PAUL DE ALMEIDA LANGHANS, *As corporações dos officios mecânicos. Subsídios para a sua história*, Lisboa 1943.

utilizar, aos preços, à promoção profissional; aí também, as atribuições dos magistrados corporativos e o modo da sua escolha; por fim, normas respeitantes às atribuições religiosas e assistenciais das corporações.

A leitura dos regimentos corporativos é suficiente para destruir uma certa imagem mítica da organização corporativa medieval, que para certos autores, era um mundo de harmonia e de democraticidade. Pelo contrário, o mundo corporativo era um mundo rigidamente hierarquizado em *oficiais* — os artesãos cuja competência tivesse sido verificada pelo *exame de mestria*, fossem ou não donos de tenda — e *obreiros* — os trabalhadores assalariados ainda não examinados; mundo dominado pelos primeiros e, posteriormente, pelos *mestres de tenda*. Assim, os interesses aí prevalentes identificavam-se grandemente com os interesses duma pequena parte dos participantes do ofício. Com o decorrer do tempo e a progressiva diferenciação económica e social dentro das profissões, o domínio das corporações fica nas mãos dos *mestres*, assumindo características cada vez mais acentuadamente gremiais — protegendo os interesses dos tendeiros estabelecidos contra os que quisessem abrir novas tendas, impedindo a renovação dos processos de fabrico, estabelecendo preços de monopólio, dificultando a ascensão profissional dos obreiros e aprendizes⁽³⁶²⁾.

2.2.3. Consequências dogmáticas

Vimos no número anterior o modo como o legislador regulamentava a actividade económica, garantindo, deste modo, a prevalência de certos interesses sociais, uns mais próximos do interesse geral (v.g., o interesse público num abastecimento suficiente), outros mais ligados a interesses particulares (v.g., o interesse dos consumidores — mas não dos produtores — na limitação dos preços).

Se, do ponto de vista social, estas medidas legislativas se justificavam, importa, no entanto, averiguar de que modo se justificavam elas nos quadros da argumentação dos juristas. Isto é, *quais os expedientes conceituais e argumentativos específicos utilizados pelos juristas para as legitimarem*. Isto porque — como antes (cf. *supra*, 25 ss.) se disse — o discurso jurídico não é permeável a qualquer argumentação ou justificação, devendo os *problemas sociais* ser formulados em *termos jurídicos* (i.é,

⁽³⁶²⁾ Sobre as corporações de mesteres, v. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., III, 33 ss.; M. CAETANO, prefácio a F. P. ALMEIDA LANGHANS, *As corporações...*; síntese de P. SOARES MARTINEZ, *Corporações*, em Enciclopédia “Verbo” e ARMANDO CASTRO, *Corporações*, em “Dic. hist. Port.”, com indicações bibliográficas complementares.

converter-se em “problemas jurídicos”) para que possam obter uma solução jurídica.

Ora bem. A justificação jurídica (ou *dogmática*) da generalidade das medidas legislativas anteriormente citadas foi feita, pelos juristas medievais, a partir de dois tópicos⁽³⁶³⁾ centrais: o tópico de “justo preço” e o de “utilidade pública”.

O primeiro deles arranca das concepções filosóficas medievais — nomeadamente, das de raiz aristotélica, desenvolvidas pela escolástica tomista — acerca da existência de uma ordem cósmica ou natureza das coisas (*ordo mundi*, *natura rerum*) que fixaria a cada coisa o seu lugar, o seu valor absoluto e o seu valor relativo (ou proporção, *ratio*) em relação às outras coisas. Este valor não era, decerto, um valor imutável e universal, antes estando relacionado com as circunstâncias de tempo e lugar. Mas, num certo tempo e lugar, existiria, para cada coisa, um valor *comum*, ou *razoável* (i.é, *rationabile*, conforme à razão ou proporção) ou *moderado* (i.é, conforme ao *modo*).

É daqui que os juristas partem para declarar que se diz justo o preço que é *comumente* fixado sem atenção a circunstâncias ou considerações individuais, ou que é *razoável*, de acordo com as estações do ano, os lugares, as distâncias do produtor ao consumidor⁽³⁶⁴⁾.

Em face disto, legítimo se torna — não só declarar nulos, pelo vício de *lesão enorme* (ou seja, de desproporção iníqua entre as duas prestações)⁽³⁶⁵⁾, os contratos que violem gravemente a

⁽³⁶³⁾ Como veremos adiante, o discurso jurídico medieval parte para o achamento da solução jurídica de certos argumentos ou regras estereotipadas que a retórica (grego-latina) chamava “lugares” ou “tópicos” — *loci* ou *topoi*. O modo de discorrer típico dos juristas — que ainda parece caracterizar o discurso jurídico actual — cercava, portanto, o problema jurídico de várias perspectivas (por vezes conflituais) de abordagem — cada uma correspondente a um tópico — e resolvia-o confrontando e sopesando-as a todas elas. Sobre o pensamento tópico, v., Th. VIEHWEG, *Topik u. Jurisprudenz*, 1932 e a breve nota sobre o debate suscitado pela obra de Th. VIEHWEG em K. ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. port., 321 e n. 23. Adiante se voltará a este assunto.

⁽³⁶⁴⁾ Cf. A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus iudicibus et advocatis*, Coimbra 1685, 286, com indicação das fontes doutrinárias anteriores; também., com outras indicações, sobretudo de autores portugueses, B. FRAGOSO, *De regimine reipublicae*, Lugduni 1652, 2.^a ed., Parte I, lib. 7, § 2; DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, *De donationibus...*, Lugduni 1699, Lib. 2, tit. 10, n.^o 15; e, ainda, M. ALVARES PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes...*, Lisboa 1653, Tom. 5, ad. O. I, 66, gl. 34, n.^o 1 ss.

⁽³⁶⁵⁾ Sobre a teoria jurídica da “lesão”, v., por todos, P. OURLIAC e J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé. Les obligations*, Paris 1961, 122 ss. Note-se

proporção justa entre as prestações — mas também fixar autoritariamente os preços das coisas, fixação que, radicanho na ordem natural⁽³⁶⁶⁾, obriga tanto no plano do direito, como no da moral e da religião⁽³⁶⁷⁾ e se impõe a todos⁽³⁶⁸⁾.

Outra fórmula argumentativa utilizada — sobretudo para justificar a fixação de preços inferiores aos “justos”, a proibição de exportar, a proibição de abandonar certo ofício ou o constrangimento de o exercer, a obrigação de abastecer certa povoação imposta sobre certas pessoas (regatões, peixeiras, agricultores do termo) — era a que arrancava da “utilidade pública”, do “bem da república” ou da “extrema necessidade”. Todos estes tópicos justificam intervenções dos poderes públicos, mesmo em violação de princípios de direito comum, como o do respeito pelo preço justo ou pela liberdade pessoal.

A responsabilidade de satisfazer às necessidades públicas não recaía igualmente sobre todos; a alguns membros da comunidade incumbia especialmente este dever (*officium*), quer por imposição dos poderes públicos, quer por terem escolhido certa profissão. Estes são os que a teoria jurídica designa por *oficiais*, designação que se aplica quer aos oficiais *públicos* (funcionários do “Estado”, dos concelhos, etc.), quer aos oficiais *privados* (mesteres, oficiais mecânicos). Assim — e ao contrário do que hoje acontece — a dogmática do direito comum aproxima, quanto a muitos aspectos da regulamentação da sua função, os funcionários públicos e os mesteres, dando ao estatuto destes últimos uma tonalidade semi-pública que justifica limitações à sua liberdade de trabalho e à sua mobilidade profissional, que legitima a imposição de regras de disciplina profissional, que lhes cria uma mais estrita responsabi-

que a lesão podia existir independentemente de qualquer vício da vontade (v.g., dolo).

⁽³⁶⁶⁾ O carácter “justo” dos preços fixados por lei presume-se (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., V, ad. O. I. 66, gl. 34, n. 1); mas provando-se que o tabelamento é injusto, não obriga (*ibid.*); assim, ele pode não ser cumprido, para menos, nas épocas de grande abundância e, para mais, quando se prove que dele resulta prejuízo aos vendedores (*ibid.*, n. 2).

⁽³⁶⁷⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria...*, V, loc. cit., n.° 3.

⁽³⁶⁸⁾ É a doutrina comum; embora a consideração, antinómica com as considerações anteriores, de que o direito de taxar os preços é um direito régio leve a que se considere, pelo menos entre nós (cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, V, loc. cit., n.° 10 ss.), que a taxaço não obriga o próprio rei (quando tem o monopólio de venda de algum bem, como, v.g., o sabão) ou os donatários. Também se entende — mas neste caso por se excluir poder-se falar aqui da existência de um “preço justo” — que “nas cousas de mercadores, e marceiros, por serem fazendas que vêm de fora, e terem pagos os direitos” não pode haver taxaço (M. A. PEGAS, *ibid.*, n.° 5 e n.° 9). Cf., para uma interpretação político-social desta última excepção, *supra* 195.

dade perante o público e que, também, lhes confere certos privilégios, como um regime mais favorável de prova em matérias do seu munus e outras⁽³⁶⁹⁾.

2. Conspecto político-institucional.

O desenvolvimento da economia urbana e o crescimento do poder das comunidades citadinas vem introduzir um novo parceiro no jogo político medieval. Os povos das cidades, até aqui representados politicamente pelos seus senhores (v. *supra*, 154 ss.) vão ter força para impor a sua presença na cena política e para se libertar da tutela jurídica do direito senhorial.

No entanto, este desejo de autonomia das cidades — depois compartilhado por outros grupos sociais que a prática social ia autonomizando — exprimia-se nos termos da sensibilidade política e jurídica feudal. As aspirações jurídicas e políticas das cidades e dos outros “corpos” que agora emergem consistem na obtenção do reconhecimento, por parte da coroa ou do senhor feudal, de certos e determinados direitos ou isenções (“liberdades”, “foros”, “franquias”), semelhantes àqueles de que o senhor feudal já dispunha em relação ao seu suzerano. Trata-se, no fim de contas, não da reivindicação do novo modelo de representação política e de participação no poder, mas apenas da integração de novos sujeitos políticos (desta vez sujeitos colectivos) num sistema de relações políticas já existentes.

A partir de agora, cada grupo social com poder suficiente para isso, vai procurar obter o reconhecimento de um estatuto jurídico e político diferenciado, integrado por certos direitos e deveres específicos — aqueles direitos que o grupo teve força para fazer reconhecer e aqueles deveres a que se não pôde furtar. São as cidades as entidades que primeiro ingressam, por esta forma, no universo político; mas, a seguir, outros corpos obterão um *estatuto jurídico-político diferenciado* — as corporações de mesteres (v., *supra*, 195 ss.), as corporações religiosas, as universidades e outras instituições culturais, certas profissões (v.g., entre nós, os lavradores, os moedeiros, os desembargadores), ou

⁽³⁶⁹⁾ Cf. ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus...*, cit., 246 v e MELCHIOR PHAEBUS, *Decisiones senatus regni lusitaniae...*, Lisbonae 1760, 2: parte, Aresto 170.

mesmo certas categorias de carácter não profissional (v.g., entre nós, as viúvas, as amas dos expostos, ou mesmo os pobres).

Ao contrário do que acontece hoje — em que a desigualdade social material está encoberta pela igualdade formal perante a lei —, a estratificação social reflectia-se directamente numa estratificação jurídica, o que tornava todo o tecido das relações sociais directamente visível a partir do direito.

Por isso, no plano político e jurídico, a sociedade não reencontrara ainda a unidade que existira no seio do Estado romano; pelo contrário, ela tendia para uma pulverização em corpos ou “estados”, de base regional, profissional ou outra, a cada qual correspondendo um estatuto jurídico diferente e uma ampla capacidade de auto-regulamentação (“iurisdictio”, “Selbstverwaltung”).

No plano filosófico-ideológico, a isto correspondia uma concepção também “corporativa” da vida social, em que a sociedade aparecia como uma combinação coerente de vários grupos autónomos e com fins particulares — a família, o grupo profissional, a cidade, o reino e, finalmente, a república cristã. Neste “corpo social”, o indivíduo não tinha um lugar ou uma identidade autónoma, estando o seu estatuto completamente dependente da sua situação em relação aos grupos.

Claro que esta pulverização do direito e esta distribuição do poder representam apenas uma das dinâmicas que percorrem a sociedade medieval. Opondo-se a ela, com um êxito lento mas crescente a partir do séc. XVI, gera-se uma outra dinâmica — a da uniformização do estatuto jurídico de todos os habitantes do mesmo reino e da centralização do poder político — também ela explicável a partir dos equilíbrios do poder social na baixa idade média e na época moderna.

Na verdade, é a própria crise das classes feudais, descrita no número anterior, que as vai pôr em dificuldades para proceder à cobrança da renda feudal ou para controlar uma economia que se desdobra em espaços sucessivamente mais vastos. A fiscalidade real aparece então como uma forma substitutiva da cobrança “periférica” — chamemos-lhe assim — da renda feudal; a corôa, dominando um espaço económico mais vasto e dispondo de um poder mais dilatado, centralizará a cobrança da renda feudal (assim como se substituirá em outros aspectos — militar, administrativo-judicial — a uma nobreza cada vez mais incapaz de desempenhar as suas funções sociais originárias), distribuindo,

posteriormente, pelas classes feudais o produto dessa cobrança (através de “contias”, “moradias”, etc.). Os descobrimentos e o relativo desafogo financeiro que vão permitir à corôa potenciam ainda esta dinâmica centralizadora, pois libertam a corôa da necessidade de “comprar” com o reconhecimento de novos privilégios o auxílio financeiro dos “corpos”, nomeadamente das cidades. O próprio interesse da nova economia “nacional” (e não apenas “local” ou “regional”) é no sentido do fortalecimento dum poder também nacional, que abata os particularismos locais, que discipline o mercado a um nível também nacional e que, no plano externo, garanta mercados coloniais ou para-coloniais.

No plano do direito e do poder, começa então a desenhar-se, com nitidez cada vez maior, a figura do “Estado absoluto” — i.é, “liberto” dos entraves que eram postos à sua acção pelos privilégios dos corpos e das ordens —, centralizado e nacional — i.e. identificado com uma realidade social global — e “aplanada” (daí que a historiografia e a teoria política alemãs falem, a este propósito, de “Flaschenstaat”); embora o seu desenho acabado não se venha a verificar ainda nesta época.

No plano ideológico, a concepção “corporativa” da sociedade começa a ser corroída em vários planos. Por um lado, no plano da filosofia social, pelo proto-individualismo da escolástica franciscana (e da “segunda escolástica” hispânica que recolhe o seu legado nos séc. XVI e XVII) que eleva o indivíduo à dignidade de célula básica e de única entidade explicativa da sociedade; no plano da filosofia política, por um novo destaque dado às velhas ideias da origem divina ou individualista-contratual do poder real que, paradoxalmente, se rematavam ambas na legitimação do poder absoluto dos reis; no plano do direito, pelo legado do direito romano que propunha uma visão individualista e anti-corporativa da sociedade e transmitia os modelos institucionais do Estado autocrático do baixo império.

“Ordens” e “coroa” serão, portanto, os polos da organização política da sociedade moderna, conferindo ao poder político um carácter “dualista” ou “pactado” que têm sido frequentemente destacado. No entanto, este “dualismo” raramente significou ruptura; ele antes exprimia e, no plano institucional, organizava a aliança política entre vários grupos sociais, de interesses divergentes mas não conflituais, aliança que lhes permitia excluir do poder aqueles que deles estavam separados por interesses essencialmente opostos. Nesta aliança, a “coroa” representa, dum

```

graph TD
    A[crise da economia agrária feudal] --> B[crise das classes feudais]
    A --> C[desenvolvimento da economia urbana e mercantil]
    B --> D[aumento do peso econômico e social das cidades]
    C --> E[as classes feudais interessam-se pela economia urbana]
    C --> F[interdependência "cidade-campo", "nobre-mercador"]
    D --> G[constituição de uma oligarquia urbana, social e politicamente dominante]
    E --> G
    F --> G
    G --> H[cobrança centralizada da renda feudal: assunção pela coroa de novas tarefas sociais e crescimento da máquina estadual]
    G --> I[governo aristocrático das cidades e das "ordens"]
    I --> J[bloco social coroa-classes feudais-oligarquias urbanas, dominado ideologicamente pelas primeiras]
    H --> J
    J --> K[descobrimientos: novas fontes de receita da coroa]
    J --> L[aquisição de relativa independência financeira e política pela coroa]
    J --> M[a coroa pode dispensar o auxílio das "ordens" e é embaraçada pelos seus "privilégios"]
    M --> N[criação duma economia "nacional", ultrapassando a dimensão das unidades regionais e urbanas]
    M --> O[necessidade de uma regulamentação nacional da economia: o "mercantilismo"]
    O --> P[a "economia" necessita da tutela do estado]
    Q[autonomização jurídica e política das cidades e sua erupção como entidades políticas] --> R[renovação do pensamento político pela escolástica: a ideia de "corpora" e "universitates"]
    R --> S[ideologia "corporativa": a "sociedade de ordens"]
    S --> T[aumento das despesas públicas - dificuldades financeiras da coroa]
    T --> U[a coroa necessita de recorrer ao auxílio econômico das cidades, dando-lhes contrapartidas políticas]
    U --> J
    V["centralização do poder - a coroa contra as "ordens"; "contra-revolução nobiliárquica" com maior predomínio dos estratos feudais no bloco social no poder"]
    
```

Nos capítulos seguintes particularizaremos, numa primeira parte, as linhas de força da organização “corporativa” da sociedade e do Estado; numa segunda parte, daremos um panorama da organização dos vários corpos (e das cortes, seu remate político-institucional); numa terceira, descreveremos o estatuto e organização do outro polo do poder “dualista” — o rei e a administração central; por fim, encerraremos com uma apreciação de conjunto da sociedade e do poder político, procurando surpreender a sua estrutura político-social.

modern state. *A sociological introduction*, London 1978, cap. II, III e IV (e bibl. aí citada) e P. ANDERSON, *Lineages of the absolutist state*, London 1976, trad. fr. *L'État absolutiste*, Paris 1979; ROLAND MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, Paris 1974-7, 2 vols.; JOSE A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidade social*, Madrid 1972, 2 vols.; sobre a estrutura corporativa da sociedade, os clássicos, O. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin 1868-1913 (existe trad. franc.) e E. LOUSSE, *La société d'ancien régime. Organisation et représentation corporatives*, Louvain-Brouges 1943 (apesar do carácter não suficientemente ponderado destas duas exposições); CHRONAT, *The corporate idea and the body politic in the middle ages*, “The review of politics” 9(1947) 423-52; ANTHONY BLACK, *Society and the individual from the middle ages to Rousseau: philosophy, jurisprudence and constitutional theory*, “History of political thought” 1(1980); J. P. CANNING, *The corporation in the political thought of the italian jurists of the thirteenth and fourteenth centuries*, *ibid.*; PIERRE MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expression du mouvement communautaire dans le moyen âge latin*, Paris 1970. Para a história do Estado neste período, em geral, as sínteses de E. ROTELLI, *Ancien régime* e P. SCHIERA, *Società per ceti*, no *Dizionario di politica*, dir. por N. BOBBIO e N. MATTEUCCI, Torino 1967; além disto, existem publicações que reúnem os textos mais significativos sobre o tema: O. HINTZE, *Feudalismus-Kapitalismus*, ed. cons. Göttingen 1972 (trad. esp. *Historia de las formas políticas*, Madrid 1968), H. HOFMANN, *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, Köln 1967, E. ROTELLI e P. SCHIERA, *Lo stato moderno. I. Del medioevo all'età moderna*, Bologna 1971-4, 3 vols. e A. MUSI, *Stato e pubblica amministrazione nel ancien régime*, Napoli 1979. Para Portugal, nada há, praticamente, quanto a sínteses actualizadas. V., no entanto, o art. “Absolutismo”, de J. BORGES DE MACEDO em “Dic. hist. Port.”. A melhor descrição institucional de conjunto parece-me ser a de FORTUNATO DE ALMEIDA, na sua *História de Portugal*, vols. III e V. Síntese deste aspecto em M. CAETANO, *Lições de história do direito português*, Coimbra 1962, 215 ss. Preparo a edição dos textos mais significativos sobre o sistema político moderno, numa colectânea antecedida de um prefácio em que se esboça a problemática actual sobre o assunto (ed. Fundação Calouste Gulbenkian).

3. A representação corporativa da sociedade

A representação da sociedade no pensamento medieval está, em muitos aspectos, nos antípodas da filosofia e teoria sociais dos nossos dias. Desde o séc. XVIII, o individualismo tem proposto uma imagem da sociedade centrada no indivíduo. Toda a teoria social se baseou, até há pouco tempo, numa análise das características do ser humano individual, como toda a política social se orientou para a satisfação dos interesses e dos fins dos indivíduos. O colectivo não adquiria natureza diferente da soma das realidades individuais — e, por isso, não apresentava finalidades próprias —; o fim da sociedade não era senão a soma dos fins dos seus membros e a utilidade geral não era senão a que resultava da soma das utilidades de cada indivíduo.

Não assim para o pensamento social medieval que, ao contrário do pensamento individualista, era dominado pela ideia de “corpo”, ou seja de organização supra-individual, dotada de um fim próprio e auto-organizada ou auto-regida em função desse fim.

Coube ao pensamento conservador e contra-revolucionário a redescoberta e valorização das concepções corporativas da idade média. Se os trabalhos da escola corporativa contemporânea (La Tour du Pin, Bonald, J. de Maistre, O. Gierke, E. Lousse) tiveram geralmente objectivos político-ideológicos, não se lhes pode negar o mérito de terem chamado a atenção para aspectos que, independentemente da sua utilidade para o presente, contribuíram para uma melhor compreensão da sociedade europeia do antigo regime⁽⁷¹⁾.

⁽⁷¹⁾ As duas obras fundamentais da escola “corporativa”, do ponto de vista da análise histórica, são, como já se disse, O. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin 1868-1913, 4 vols. e E. LOUSSE, *La société d'ancien régime. Organisation et représentation corporatives*, Louvain-Brouges 1943; este último autor traça, no capítulo introdutório, um bom panorama do desenvolvimento das perspectivas “corporativistas” nos estudos históricos, a partir dos meados do século passado. Em Portugal, as perspectivas corporativistas nos estudos sociais e históricos têm raízes no pensamento contra-revolucionário do séc. XIX (sobre o qual FERNANDO CAMPOS, *O pensamento contra-revolucionário em Portugal (Séc. XIX)*, 2 tomos, Lisboa 1931-2 e LUÍS M. REIS TORGAL, *Tradicionalismo e contra-revolução. O pensamento e a acção de José da Gama e Castro*, Coimbra 1973) e são desenvolvidas pelos teóricos do “Integralismo Lusitano” (sobre o qual v. a síntese de DELFIM FERREIRA, *Integralismo Lusitano*, no “Dic. hist. Port.” e bibl. aí citada), nomeadamente A. SARDINHA, no prefácio à reedição das

É à descrição desta imagem da sociedade que dedicaremos os próximos parágrafos.

3.1. A irredutibilidade dos corpos e o anti-individualismo

O pensamento social da escolástica medieval é dominado pela ideia da existência de uma ordem universal, abrangendo os homens e as coisas, que orientava todas as criaturas para um objectivo último que o pensamento cristão identificava com o próprio Criador. No entanto, a unidade dos objectivos da criação não exigia que as funções de cada uma das partes do todo na consecução desses objectivos fossem idênticas. Pelo contrário, o pensamento escolástico sempre se manteve firmemente agarrado à ideia de que cada parte do todo cooperava de forma *diferente* na realização do destino cósmico. Por outras palavras, cada “ordem” da criação — e, dentro de cada uma delas, cada espécie, e, dentro da espécie humana, cada grupo ou corpo social — teria, nesse destino, um objectivo *próprio e irredutível* a realizar⁽³⁷²⁾.

Assim, a sociedade seria como que um organismo, cujo bem estar geral depende do desempenho autónomo — mas harmónico ou coerente — das funções (*officia*) dos vários órgãos ou membros (*in civilibus omnes homines qui sunt unius communitatis reputantur quasi unum corpus et tota communitas quasi unus homo*, S. TOMÁS, *Summa Theol.*, II, I, q. 81, a. 1). Esta concepção antropomórfica da sociedade⁽³⁷³⁾ tinha diversas consequências no plano da teoria acerca do ser da sociedade e da organização política ideal:

Memórias para a historia e theoria das cortes geraes, do VISCONDE DE SANTARÉM, Lisboa 1924.

⁽³⁷²⁾ Sobre a concepção medieval da “unidade” e da sua relação com as “partes”, nomeadamente enquanto isto se liga ao pensamento político, v. O. GIERKE, *Political theories of middle age*, trad. e nota de F. W. MAITLAND, Cambridge 1938, 22 ss.

⁽³⁷³⁾ Sobre o conceito antropomórfico da sociedade v., com muitos exemplos textuais O. GIERKE, *Political theories...*, cit., 22 ss.; sobre a imagem antropomórfica no pensamento peninsular moderno, J. A. MARAVALL, *Teoria espanhola del Estado en el siglo XVII*, Madrid 1944, 115 ss., bem como as referências contidas em M. DE ALBUQUERQUE, *Jean Bodin na península ibérica...*, Paris 1978, max. 167 e 178. Sobre a concepção hierárquica da sociedade, v. *infra* 4.2.

a) desde logo, a ideia de que a harmonia da sociedade não requer a igualdade dos seus membros ou a uniformidade das suas funções; tal como nos organismos vivos, o equilíbrio resulta, pelo contrário, da não intermutabilidade das partes e do respeito pelos seus função e estatuto específicos; a natureza — e também a natureza da sociedade — aparece, assim, como uma “ordem de coisas díspares”⁽³⁷⁴⁾ ou, dizendo doutro modo, como “uma *hierarquia* — hierarquia de funções (espiritual, militar, judicial, produtiva), hierarquia de cargos e pessoas (clero, nobres, juizes, artesãos)”⁽³⁷⁵⁾.

b) depois, a ideia de indispensabilidade de todos os órgãos da sociedade e, logo, a da impossibilidade de uma administração absolutamente centralizada; tão monstruosa como um corpo reduzido à cabeça, seria uma sociedade em que todo o poder estivesse concentrado no soberano; a administração social deveria, portanto, ser *mediata*, deveria repousar na autonomia (*iurisdictio*) dos corpos sociais e respeitar a sua articulação natural (*cohaerentia, ordo, dispositio naturae*) — entre a cabeça e a mão, deve existir o ombro e o braço, entre o soberano e os oficiais executivos, devem existir instâncias intermédias.

⁽³⁷⁴⁾ “Ordo autem maxime videtur in disparitate consistere” (S. TOMÁS, *Sum. theol.*, I, q. 96, a. 3); “parium et disparium rerum sua cuique loca tribuens dispositio” (PTOLOMEU DE LUCA, *De regimen principum*, IV, 9); outros textos muito impressivos em O. GIERKE, *Political theories...*, cit., 134 n. 88. Para a península, J. A. MARAVALL, *Teoria política...*, cit., 120 ss. Entre nós, um exemplo: “Quando Nosso Senhor Deos fez as criaturas assi razoaveis, como aquellas, que carecem de razom, nom quiz que doas fossem iguaaes, mais estabeleceo, e hordenou cada huuã em sua virtude, e poderio departidos, segundo o grao em que as pos: bem assy os Reyx, que em logo de Deos na terra som postos pera reger, e governar o povoo nas obras que ham de fazer, assy de Justiça, como de graça, ou mercees, devem seguir o enxemplo daquello, que elle fez, e hordenou, dando, e distribuindo nom a todos por hua guisa, mais a cada huu apartadamente, segundo o grao e condiçom, e estado de que for” (Ord. Af., II, 40, pr.). A fórmula é copiada de uma lei de D. Fernando (Ord. Af., II, 63).

⁽³⁷⁵⁾ Tendo todos estes cargos têm correspondência na imagem do corpo: o príncipe é a cabeça; o conselho régio, o coração; os juizes, os olhos, ouvidos e a língua; os oficiais administrativos, a mão desarmada; o exército, a mão armada; a administração financeira, o estômago e intestinos; o povo, os artífices e a gente miúda, os pés, etc. (cf. O. GIERKE, *Political theories...*, 137, n. 76).

c) ainda, a ideia — ligada à anterior — de que cada corpo social, como cada órgão corporal, tem a sua própria função (*officium*), de modo que a cada corpo deve ser conferida a autonomia necessária para que possa desempenhar essa função (*debet... quilibet in suo gradu debita habere dispositionem et operationem*, PTOLOMEU DE LUCA, *De reg. princ.*, II, 23).

A esta ideia de autonomia funcional dos corpos anda ligada, como se vê, a ideia de auto-regulamentação, que o pensamento jurídico medieval designou com a expressão *iurisdictio* e na qual englobou o poder de fazer leis e estatutos (*potestas lex ac statuta condendi*) e, dum modo mais geral, o de julgar os conflitos internos (*potestas ius dicendi*) e de emitir comandos (*potestas praeceptiva*).

Acerca do poder de editar leis ou estatutos, confrontam-se, no pensamento jurídico medieval, duas correntes. Uma, a corrente “permissionística”⁽³⁷⁸⁾, que considera este poder como atributo do príncipe, só por permissão ou delegação deste podendo ser exercido pelos corpos inferiores, nomeadamente pelas cidades. Outra — que é aquela que agora nos interessa realçar, se bem que a sua influência nas épocas subsequentes seja menor — partia da ideia de que o poder de auto-regulamentação dos corpos decorre, segundo o direito das gentes (i.é, nesta época, direito natural)⁽³⁷⁹⁾, da própria existência das comunidades humanas⁽³⁸⁰⁾, pelo que os corpos

⁽³⁷⁸⁾ A designação é de M. SBRICOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Milano 1966, 33, onde se pode ver a indicação dos autores que a seguem, com citação de alguns textos mais característicos (n. 31, quase todos os textos sobre este assunto se encontram nas glosas ou comentários às *l. omnes populi, de iust. et iure* (D. 1, 1, 9) ou *l. ius dicentis, de iurisd. omn. iud.* (D. 1, 2, 1) do Digesto justinianeu).

⁽³⁷⁹⁾ F. CALASSO, *Medio evo del diritto. I. Le fonti*, Milano 1954, 500.

⁽³⁸⁰⁾ “Populi sunt de iure gentium, ergo regimen populi est de iure gentium: sed regimen non potest esse sine legibus et statutis, ergo eo ipso quod populus habet esse, habet per consequens regimen in suo esse, sicut omne animal regitur a sua proprio spiritu et anima”, BALDO (cit. F. CALASSO, *Medio evo...*, cit., 501); Baldo é considerado por M. Sbricoli (ob. cit., 33, 36, n. 4 *in fine*) como um adepto da corrente permissionística; tal como Sbricoli também refere — e à semelhança do representante máximo da outra corrente, Bártolo — textos seus, como este, podem documentar fortes contaminações da teoria contrária. Mais tarde, a doutrina (v.g., F. SUAREZ) vai restringir esta *potestas leges condendi* às comunidades perfeitas (ou seja, às que pudessem viver sobre si) com o que priva deste poder a generalidade dos corpos inferiores. Sobre estas correntes, D. WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlin 1979, 161 ss. (*maxime* 173 ss.).

inferiores gozariam de um poder autónomo de edição legislativa e de governo político dos seus membros, poder que se designam de *iurisdictio*⁽³⁸¹⁾.

Mais tarde haverá quem, procurando combinar as duas correntes, procure distinguir uma *iurisdictio ordinaria* (e *plena*) duma *iurisdictio delegata* (e *semi plena*), a primeira delas própria do príncipe. Na doutrina posterior ao séc. XV, a opinião dominante é a de que toda a jurisdição deriva do soberano (v. *infra*, n.º 4).

d) finalmente, a ideia de que a função da cabeça — como *summum movens* — não deve ser a de destruir a autonomia de cada corpo social inferior (*partium corporis operatio propria*, PTOLOMEU DE LUCA), mas a de manter a harmonia entre todos eles, atribuindo a cada um o lugar que lhe é próprio, garantindo a cada qual o seu “foro” ou “direito”; numa palavra, *realizando a justiça*; e assim é que a realização da justiça — finalidade que os juristas e políticos medievais consideram o primeiro ou até o único fim do poder político — se acaba por confundir com a manutenção da ordem social e política⁽³⁸²⁾.

⁽³⁸¹⁾ Autores e textos mais representativos em M. SBRICOLI, *L'interpretazione...*, cit., 35, n. 33 (v.g., “Sed numquid collegia statuta facere possint et videtur quod sic, cum iurisdictionem habent”, ALBERTO GALLEOTI). O chefe de fila desta corrente será Bártolo (bibl. sobre o seu pensamento político, *ibid.*, 34, n. 32), embora a sua leitura não esteja isenta de contradições. Sobre o conceito de *iurisdictio* nas fontes doutrinárias medievais, v. PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune*, em “SDHI” 30(1964) 196 ss., F. CALASSO, *Iurisdictio nel diritto comune classico*, em “Ann. st. dir.” 9(1965) 91-110 (= “St. in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz”, IV, Napoli 1953, 420-43), P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico medievale (1100-1433)*, Milano 1969. A Glosa define a *iurisdictio* como “potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi, et aequitatis statuendae”; Bártolo realça o carácter publicístico do conceito, acrescentando a esta definição as palavras “tanquam a persona publica”, o que exclui do seu âmbito os poderes que o direito confere às pessoas sobre outras pessoas, mas de natureza privada (v.g., os poderes do pai sobre os filhos, do senhor sobre os servos); é daqui que arranca a distinção entre *iurisdictio* e *dominium*. Nas línguas peninsulares medievais, jurisdição (*judericom*, *juredicion*) aparece como equivalente a *senhorio* (*Ord. de Alcalá*, 28, l. 2) ou a “foro”.

⁽³⁸²⁾ A ideia de que o poder visa principal ou exclusivamente a realização da justiça (neste sentido) é muito comum na teoria política medieval e mesmo na teoria política moderna que a segue mais de perto: “la justicia es la más alta virtud, é la más complidera para el governmento de los pueblos, porque por ella se mantienen todas las cosas en el estado que deben” (*Ordenamiento de*

Se um dos traços da concepção corporativa da sociedade é constituído pela ideia da irredutibilidade das partes ao todo e pela autonomia dos corpos inferiores em relação às entidades políticas globais (império, igreja universal), outro dos seus traços é o *anti-individualismo*; ou seja, a ideia de que, quer para a compreensão da sociedade, quer para a sua correcta organização, não se deve partir da consideração do indivíduo isolado, mas antes dos grupos em que ele natural e inevitavelmente (em virtude duma sua natural *affectio societatis*) se integra. Assim, tal como toda a teoria social da escolástica até ao séc. XV ignorou o indivíduo isolado, só o considerando enquanto revestido dos seus atributos sociais (i.é, como pai, como clérigo, como membro de uma cidade, de uma corporação ou de uma ordem), assim também a teoria política e o direito não reconheciam os indivíduos como fonte autónoma de direitos e obrigações, mas

Acalá, 1347) “*tertia conditio que regnum reddit gloriosum est quod sit ordinatum, nam multitudo sine ordine confusio est. Ordo autem regni in hoc consistit, ut scilicet in eo diversi gradus hominum, diversi status, diversa officia prout expedit utilitati regni paritea et decori*” (Jacobo de Viterbo, cit. em J. A. MARAVALL, *Teoria espanhola del Estado...*, cit., 122, onde se, pode encontrar o fundamental sobre este assunto. Sobre isto, em geral, F. CHEYETTE, *La justice et le pouvoir royal à la fin du moyen âge français*, em “*Rév. Hist. Dr. fr. Et.*” (1962) 373-394. Com abundantes referências a textos portugueses identificando a justiça (nem sempre, porventura, neste sentido) como o fim primeiro do poder político, M. DE ALBUQUERQUE, *História das instituições...*, Lisboa 1979, 362 ss.; cf., também, L. REIS TORGAL, *Ideologia política e teoria do Estado na Restauração*, Coimbra 1978, 265 ss., 273. Note-se que *iustitiam tribuere* (neste sentido) é muito diferente de *leges executare*; este último entendimento anuncia já o legalismo do Estado moderno (cf. ALTHUSIUS, “*administratio et gubernatio reipublicae nihil est quam legis executio*”). Para o pensamento jurídico medieval só há lugar para falar de *justiça* a propósito de uma regra de ordenação ou de resolução de conflitos entre duas pessoas ou dois interesses diferentes: neste sentido de justiça pressupõe *alteridade* (“*est virtus ad alterum*”); já a ordenação de grupos em que não existe — segundo as concepções da época — dualidade de interesses (v.g., a sociedade familiar — em que a mulher e os filhos são *quasi partes corporis patrisfamiliae* — ou a sociedade doméstica — em que os criados são *quasi rei*) a regra de ordenação é dada pela *economia*. Portanto, se a “justiça” é o ideal de governo das “sociedades políticas” (e a “*iurisdictio*” o instrumento para o realizar), já a “*economia*” é o ideal de governo das sociedades domésticas” (e o “*dominium*” o seu instrumento). Sobre estes conceitos, muito importantes para se entender o pensamento da época, v. LUÍS DE MOLINA, *De iustitia et iure*, Tract. I, d. VII, n. 1 (com base em Aristóteles) e BAPTISTA FRAGOSO, *De regimen rei publicae christianae*, Coloniae 1737, p. 1, d. I.

apenas como portadores dos direitos e deveres próprios do corpo ou corpos em que estão integrados⁽⁸³⁾.

De tudo isto resulta uma concepção social que: (a) valoriza os fenómenos grupais ou colectivos; (b) que considera o poder como algo originariamente repartido (e não apenas *delegado* ou *dividido pelos poderes do Estado*) por múltiplos corpos sociais, cada qual dotado da autonomia política e jurídica exigida pelo desempenho da sua função social; (c) que reserva ao poder político global apenas a função de garantir esta autonomia e especificidade do estatuto social de cada corpo (fazendo *justiça*, i.é, *suum cuique tribuens*) e assegurando, desta forma, a *paz* (*harmonia, coharentia*); (d) que apenas vê o indivíduo como parte de grupos e os seus direitos e deveres com reflexos do estatuto (“foro”) dos grupos em que se integra; (e) e que recusa a distinção, própria do pensamento moderno, entre “sociedade civil” e Estado (ou “sociedade política”).

A moderna distinção entre “sociedade civil” e Estado arranca do monopólio do poder político pelo Estado. A sociedade civil é, assim, uma “*societas civilis sine imperio*” (daí que o direito “civil” seja o direito que regula as relações privadas entre os indivíduos). A teoria social do antigo regime, dominada pela ideia (e pela realidade) da repartição originária do poder político pelos corpos sociais, ignorava a distinção entre “*societas civilis*” e “*societas politica*” (cf. F. SUAREZ, “*societas civilis sive populus sive res publica*”; também na acepção antiga de “direito civil” como o direito da cidade, quer o que regula as relações entre os particulares, quer o que regula as relações entre os particulares e os poderes públicos). A sociedade civil (estudada pela “política”) opunha-se então a sociedade doméstica (estudada pela “*economia*”)⁽⁸⁴⁾; é neste sentido que muitos autores se recusam a falar de Estado, para a organização política do antigo regime⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸³⁾ V. W. ULLMANN, *The individual and the society in the middle ages*, Baltimore 1966; G. ASTUTI, *La formazione dello stato moderno in Italia*, Torino 1967, 62.

⁽⁸⁴⁾ Estes dois ramos da filosofia prática eram completados por um terceiro, a “monástica” (a teoria do comportamento individual). Sobre estas noções, v., supra, II, 126, n. 1 (com indicação de fontes).

⁽⁸⁵⁾ Cf., supra, II, 80, n. 1. Sobre as relações entre “Estado” e “sociedade civil”, “política” e “economia”, O. BRUNNER, *Die alteuropäische “Ökonomik”*, “*Zt. f. Nationalökonomie*” 13(1950) 114 ss.; E. BOCKENFÖRDE, *Der Verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat als Gesellschaft als Bedingungen der individuellen Freiheit*, Opladen 1974 (com preocupações actualistas, embora dê conta do estado da questão na literatura europeia mais antiga); e, em síntese, H. KRUGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1966², 342 ss.

3.2. A construção jurídico dogmática dos corpos

À erupção dos corpos nos planos social, político e ideológico correspondeu também o seu reconhecimento pelo direito.

Embora a ideia de personalidade jurídica “colectiva”, ao lado da de personalidade jurídica “singular”, só tenha sido completamente desenvolvida pela pandectística alemã do séc. XIX (Heise, Savigny), o reconhecimento pelo direito, da existência de *sujeitos jurídicos* — capazes de direitos e obrigações — *colectivos* surge no direito medieval (embora com raízes nos direitos romano e germânico).

Desde a alta idade média que se reconhecia uma certa autonomia a certas entidades diferentes das pessoas físicas: os bens votados ao sustento perpétuo do culto (v.g., os bens votados ao sustento duma capela), as associações profissionais ou territoriais (*collegia, vici*), certas instituições colectivas do direito germânico (guildas, comunidades territoriais — as “germanidades” dos nossos foros), os patrimónios colectivos [*Gesamthandvermögen*]. O direito canónico, além de enriquecer o elenco de formas de organização colectiva (mosteiros, ordens, cabidos), veio reforçar a ideia romanista de “universitas” (como conjunto de coisas ou de pessoas diferentes dos membros integrantes) com a ideia teológica de “corpo místico” (como realidade colectiva não sensível, mas apesar de tudo existente — *universitas est imago quaedam quam magis intellectu quam sensu percipitur*, dirá BALDO). Com os glosadores, a ideia de corporação ou *universitas* como algo de equivalente a uma pessoa física, susceptível portanto de ter direitos e deveres fica estabelecida (*universitas fingatur esse una persona*, SINIBALDO DA FIESCHI) e será recebida e desenvolvida pelos grandes juristas dos sécs. XIV e XV⁽³⁸⁶⁾.

Os juristas medievais não podiam, de facto ser estranhos a essas realidades colectivas que brotavam, por todo o lado, na sociedade do seu tempo. Para a corrente dominante (Bártolo, Baldo), o direito de constituir associações decorria, não apenas da lei positiva ou da autorização do soberano, mas mesmo do direito natural (“*debes scire, quod quaedam collegia sunt permissa de jure gentium* [cidades, burgos, vilas], *quaedam de jure civili*” [sociedades mineiras, associações de contratadores de

⁽³⁸⁶⁾ Sobre esta evolução, em geral, G. CATALANO, art. “*Persona giuridica (diritto intermedio)*”, em “Nuovo digesto italiano” e bibl. aí citada; e D. WYDUCHEL, *Princeps legibus solutus...*, cit., 72 s.

impostos, guildas comerciais, associações bancárias e as universidades] BÁRTOLO, *Lect. super D.* [47, 22, 4], n.º 5)⁽³⁸⁷⁾; isto apenas com a restrição de que o fim visado pela associação fosse justo ou conforme ao bem comum (na tríplice acepção de visar a solidariedade, a recreação ou o interesse público)⁽³⁸⁸⁾. Nesta medida, a constituição destas associações não careceria mesmo de autorização do poder, tal como resulta claramente do passo de Paulo de Castro citado na penúltima nota⁽³⁸⁹⁾.

Proibidas, estariam as associações que prosseguissem finalidades contrárias ao bem comum, tais como as destinadas a criar ou manter monopólios (nas quais se incluíam as associações de trabalhadores de tipo — diríamos hoje — “sindical”)⁽³⁹⁰⁾, as associações políticas que perturbassem a ordem pública e aquelas que visassem criar confederação de cidades ou de senhores visando a tomada do poder.

A organização interna e a representação externa dos corpos constituem também pontos relevantes da doutrina jurídica

⁽³⁸⁷⁾ “Si plures homines se invicem congregarent in aliquo loco et construerent ibi aliquo oppidum, eo ipso censetur approbatum” escreverá o peninsular PAULO DE CASTRO (morto em 1441; Coment. a D. 3, 4, 1, n. 2).

⁽³⁸⁸⁾ Cf. BALDO (*Lect. super D.* [3. 4. 1.], n.º 2), cit. por W. ULLMANN, *The mediaeval theory of legal and illegal organizations*, em “Law quarterly review” 60(1944).

⁽³⁸⁹⁾ Isto corresponde à doutrina de Bártolo e Baldo para as associações de direito natural: “populi et urbes vel villae ... sunt de jure gentium et fieri absque auctoritate principis” (BALDO, *Lect. super D.* [1, 1, 5] n.º 4), mas também para as de direito civil (cf. ULLMANN, *The mediaeval theory...*, cit., 287) e corresponde também à superação da desconfiança inicial dos juristas medievais em relação a todas as associações (que consideravam animadas por uma tendência para a destruição da paz civil — *motus destruendi civitates*, na expressão de ODOFREDUS); mais tarde, a partir do séc. XV, a ideia de que o reconhecimento pela autoridade (*confirmatio imperantis*) era essencial à criação das associações começa a impor-se, passando mesmo a ser considerado como um atributo do soberano (*regalia*) o poder de reconhecer os corpos sociais e de lhes atribuir um estatuto (carta, foro, privilégio, regimento). V., por todos, W. ULLMANN, *The mediaeval theory...*, cit., 290 s. e E. LOUSSE, *La société d'ancien régime...*, cit., 155 ss. Para o problema, na nossa doutrina, v.g., BENEDICTUS AEGIDIO LUSITANO, *Commentaria in lex hoc iure ff. de iustitia et de iure, Conimbricæ MDLXXXXX* (sic), p. 81 s. (a fundação das cidades decorre do instinto de sociabilidade e de defesa e, logo, é lícita, salvo quando o seu móbil seja a emulação ilícita; já os *collegia* são, em princípio, ilícitos).

⁽³⁹⁰⁾ Cf. ALBERICOS DA ROSCIATE, *Comm. super Cod.* [IV, 59, Rubr.] fol. 228, cit. por ULLMANN, ob. cit., 289.

medieval, pontos que têm as suas consequências ao nível da teoria política global, como se verá.

Baseados em textos do *Corpus iuris*⁽³⁹¹⁾, os juristas medievais defendem a opinião de que os corpos, tal como os menores ou os dementes, são incapazes de exercer por si os seus direitos, carecendo portanto de alguém que, à maneira de tutor, prossiga e defenda os seus interesses no plano externo⁽³⁹²⁾. É esta a função (*tuitio*) do *procurador* (*procurator*, *praeses*, *poderestà*, *sindicus*, *rector*, *abbas*, *oeconomus*, *judex*), a quem compete gerir, no plano externo, os interesses do corpo e confirmar as deliberações dos seus corpos. Isto, como já foi notado⁽³⁹³⁾, diminui substancialmente, se não o poder de auto-regulamentação dos corpos, pelo menos a sua “democraticidade” interna.

No plano da organização interna, os corpos contavam, dum modo geral, com uma estrutura triádica de órgãos de governo: uma assembleia geral dos seus membros (que, em geral, apenas englobava de facto uma sua fracção restricta, como veremos), um conselho deliberativa restricto e um órgão (individual) executivo e de deliberação. Quer no plano da participação no primeiro, como no da eleição dos segundos, a doutrina legitimava profundos entorses ao princípio “democrático”. Na verdade, dentro da lógica de que os corpos deviam a sua existência ao facto de estarem votados ao desempenho de uma função (*officium*), a participação dos membros do corpo no seu governo obedecia ao princípio de que o maior poder e responsabilidade na gestão corporativa devia caber àqueles que mais contribuíssem para o desempenho da função do corpo (*melior*, *valentior et sanior pars*). Daí que a participação na assembleia corporativa e a capacidade para eleger e ser eleito para os outros órgãos

⁽³⁹¹⁾ V.g., D. 41, 2, 1, 22; D. 38, 3, 1.

⁽³⁹²⁾ “Universitas et collegium aequiparantur reipublicae et respublica pupillo” (ALBERICUS DE ROSCIAIE, *Comm. in dig. vet.*, D. 3. 4. rubr., n.º 9, cit. por W. ULLMANN, *Juristic obstacles to the emergence of the concept of the state in the middle ages*, em “Ann. st. dir.” XII-XIII (1968-9), 53, texto em que se podem encontrar outras citações impressivas; “personae morales minoribus aequiparantur” (C. J. Can., c. 100, § 3); cf. também M. MENDES DE CASTRO (*Practica lusitana...*, II, 1. 1, c. 2, n. 123): “decuriones civitatis habentur loco tutorum, & civitas instar minoris habetur”.

⁽³⁹³⁾ W. ULLMANN, *Juristic obstacles...*, cit.; para uma visão (ideológica) mais edílica da organização corporativa, E. LOUSSE, *La société d'ancien régime...*, cit., 220 ss.

corporativos competisse apenas à oligarquia corporativa (oligarquia das cidades [*meliores terrae*] no caso dos corpos territoriais; “mestres” [mas não companheiros ou artífices] no caso das corporações). Isto traduzia-se na forma de organizar as eleições que, como veremos, se aproximavam frequentemente de formas de cooptação ou de designação dos novos eleitos pelos eleitos dos anos anteriores.

4. A concepção corporativa na dogmática jurídica portuguesa dos sécs. XVI a XVIII

De que modo se reflectiram todos estes temas na nossa dogmática jurídica? De que modo pôde esta conceptualizar e consolidar ou não as formas corporativas que, também aqui, emergiam da realidade?

4.1. A autonomia dos corpos inferiores

A teoria dos corpos sociais não foi, decerto, um dos temas centrais da nossa dogmática jurídica da época moderna; de balde aí se procura um tratamento desenvolvido da figura da corporação em geral (*communitas*, *collegium* ou *universitas*) ou mesmo dessa comunidade especial e particularmente em evidência que era a cidade ou concelho (*civitas*, *concilium*), nomeadamente quanto aos seus poderes autónomos de regulamentação.

No entanto, quando estes temas aparecem, os pontos de vista dominantes não são, de modo algum, os da teoria corporativa, mas os da teoria permissionista:

a) quanto ao direito de associação — que, como vimos, era considerado de direito natural pela dogmática trecentista italiana — é agora sujeito à autorização real: não só a fundação de comunidades ou cidades e, em geral, de *collegia* ou corporações profissionais é tida como dependendo de autorização régia, como todas as associações não expressamente permitidas são proibidas com o argumento de que, sob o pretexto do bem comum, se pode estar antes a procurar o mal⁽³⁹⁴⁾.

⁽³⁹⁴⁾ Cf. BAPTISTA FRAGOSO, *De regimem rei publicae...*, cit., I, p. 95 (d. III, § 1, n. 205); p. 829 (d. XX, n. 1); quanto às cidades, o A. afasta os textos do Digesto favoráveis à sua autonomia (v.g., D. 1, 1, 9) como referindo-se àquelas

por prescrição⁽³⁹⁹⁾; isto era, de resto, o regime geralmente reconhecido para a suprema jurisdição (*jurisdictio maxima vel suprema*), considerada como imprescritível e inalienável e, por isso, sempre reservado ao monarca, por muito exuberantes que fossem as cláusulas das doações por ele feitas⁽⁴⁰⁰⁾.

d) mesmo no caso de doação de jurisdição, a doutrina reservava sempre ao soberano um extenso poder de intervenção na área de autonomia dos corpos inferiores: por um lado, porque se entendia que a concessão de jurisdição não implicava, em princípio, uma sua perda por parte do soberano, mas antes a geração de uma situação de cúmulo de jurisdições a partir da qual o rei podia continuar a exercer a jurisdição doada a par com o donatário dela (concessão *cumulativa* e não *privativa*)⁽⁴⁰¹⁾; depois porque o soberano dispõe de amplos poderes de revogação da concessão da jurisdição concedida quer aos donatários, quer às cidades, quer aos funcionários⁽⁴⁰²⁾.

Se no plano da dogmática não havia, portanto, grandes aberturas para o reconhecimento teórico de uma capacidade

⁽³⁹⁹⁾ Cf., por todos, A. CARDOSO AMARAL, *Liber utilissimus...*, s.v. *jurisdictio*; BENTO PEREIRA, *Promptuarium iuris...*, s.v. *jurisdictio*; M. A. PEGAS, *Comm. ad Ord.* [ad 2.28], t. 9, gl. 1, n. 77. A regra do direito comum era a de que a jurisdição podia ser adquirida por prescrição (imemorial sem título, centenária com título), mas a lei portuguesa opunha-se expressamente à usucapião das jurisdições (O. F. II, 45.1; 2; 10; 55; 56; O. F., II, 27). Cf., por todos, sobre o assunto, J. CABEDO, *Practicarum observationum...*, p. 2, d. 40; B. FRAGOSO, *De regimen...*, I, d. 5, § 3; *infra*, 292 ss.

⁽⁴⁰⁰⁾ Texto legal, entre nós, O. II.45, in pr.; doutrina, por todos, J. CABEDO, *Practic. obs.*, p. 2, d. 2, d. 11, n. 1; M. A. PEGAS, *Comm. ad Ord.* [ad 2.28], t. 9, gl. 1, n. 78 ss. (com uma interpretação de O. II.45 muito favorável aos senhores, cf. n. 79-81); sobre os graus (seis) da *jurisdictio*, L. MOLINA, *De iust. et iure*, Tract. V, d. 6 (onde a jurisdição suprema corresponde aos poderes de fazer leis, cunhar moeda, fazer a guerra e a paz, julgar em última instância, criar tabeliães e outros magistrados e impor tributos). V., *infra*, 292 ss.

⁽⁴⁰¹⁾ V., por todos, J. CABEDO, *Practicarum observationum...*, p. 2, d. 13, n. 10-11. Concedendo uma esfera de competência própria aos oficiais P. BARBOSA, *Comm. ad tit. de judiciis*, I, 12, n. 7.

⁽⁴⁰²⁾ Como veremos (*infra*, 323 ss.), o rei só está obrigado pelo privilégio contratual ou remuneratório (cf., por todos, BAPTISTA FRAGOSO, *De regimen...*, I, d. 5, § 4); daí que possa revogar todos os privilégios (incluindo a concessão de jurisdições) meramente gratuitos; no caso concreto das cidades, admite-se, v.g., que o rei pode nomear os oficiais cuja data está, pelo foral, concedida à cidade (cf. J. CABEDO, *Practic. obs.*, p. 2, d. 33). Quanto à jurisdição dos funcionários, v. *infra*, 385 ss.

originária de auto-regulamentação dos corpos inferiores, o certo é que a predominância da teoria que concebia a jurisdição dos corpos inferiores como um poder apenas delegado não impediu, na prática, a dispersão do poder por uma constelação de corpos, órgãos e magistraturas dotados de poderes que o direito acabava por reconhecer como inatacáveis pelo poder político central (v. *infra*, 323 ss.).

Esta “consolidação” nos corpos de uma jurisdição inicialmente tida como delegada — e, portanto, precária e revogável pelo concedente — vem a efectuar-se, precisamente, nos termos da doutrina acerca da irrevogabilidade dos privilégios concedidos por via contratual ou remuneratórios (*ob benemerita*) (v. *infra*, 323 ss.). Na verdade, a jurisprudência julgava frequentemente como contratuais ou remuneratórias as doações régias de jurisdição, tornando-as, deste modo, inatacáveis; e assim se iam consolidando nas cidades, nas corporações, nos senhorios e nos oficiais, jurisdições que o soberano (ou outras entidades) não pode violar sob pena de “desaforo” ou de “usurpação de jurisdição”⁽⁴⁰³⁾.

Concluindo, poderemos dizer que se, no plano da teoria política, a autonomia dos corpos inferiores não colhia quaisquer sufrágios no conjunto da doutrina pós-medieval (reflectindo, aliás, o que acontecia na Europa desde os últimos juristas da escola dos comentadores), já no plano prático-dogmático, esta autonomia acabava por ser suficientemente assegurada através de conceituação das doações de jurisdição como actos contratuais ou remuneratórios. Aquela autonomia prática radica, portanto, não na força da teoria corporativa (como muitos autores pensaram, v. *infra*, 302 ss.) mas na construção dogmática do privilégio e da doação régia e da sua revocabilidade⁽⁴⁰⁴⁾.

⁽⁴⁰³⁾ A usurpação de jurisdição era severamente punida: no plano espiritual, era considerada como pecado mortal; no plano temporal, como crime de lesa majestade punido com a pena capital, confisco e privação da jurisdição (cf., por todos, M. A. PEGAS, *Comm.*, t. II (ad O. I.5) gl. 13 e GABRIEL A. DE VELASCO, *Iudex perfectus*, Lugduni 1657, R. 9, Ann. 9, n.º 3 e 4). Quanto aos actos praticados por magistrados carentes de jurisdição são nulos, nunca passando em julgado e sendo atacáveis a todo o tempo por embargos (cf. M. A. PEGAS, *Comm.*, t. III [ad O. I.9], gl. 14, n. 2/5/6/10 e n.º 16, 35/6; J. J. PEREIRA e SOUSA, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, Lisboa 1834, notas 592, 704 e 879, com referência ao direito anterior).

⁽⁴⁰⁴⁾ Neste sentido, é duvidoso que possa ser aceite a ideia de uma atracção da doutrina jurídico-política portuguesa pelas teses “particularistas”

Seja como for, é certo que, praticamente até ao fim do antigo regime, a estrutura política vai ser dominada por uma muito sensível pulverização do poder político por uma série de corpos inferiores, quase todos eles de expressão territorial (concelhos, coutos, honras — daí que se diga que “a jurisdição adere ao território”⁽⁴⁰⁵⁾ —, mas outros de natureza profissional (corporações), espiritual (corporações eclesiásticas, ordens militares), étnica (judeus, estrangeiros), burocrática (conselhos, tribunais e ofícios)⁽⁴⁰⁶⁾.

4.2. As hierarquias sociais.

Já antes (*supra*, 3.1. a) se referiu que o pensamento social do antigo regime considera a sociedade como um todo ordenado. Ordenado, não em função de decretos do soberano, não directamente em função do peso económico das pessoas ou da natureza da sua integração no processo produtivo, não directamente em função de estritos critérios de nascimento, mas em função da diversidade e hierarquia dos “ofícios” sociais⁽⁴⁰⁷⁾.

(ou seja, de limitação do poder real pelos poderes originários dos corpos), ao contrário do que ocorrerá com a doutrina espanhola. Cf. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Jean Bodin...*, 104 ss.

⁽⁴⁰⁵⁾ V. esta expressão (“jurisdictio cohaeret territorio”) em J. CABEDO, *Pract. obs.*, p. 2., d. 10, n. 7.

⁽⁴⁰⁶⁾ Para uma lista bastante completa das jurisdições especiais, correspondentes a corpos inferiores relativamente autónomos, MELO FREIRE, *Instituit.*, I, § 10; J. J. PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas...*, cit., notas 628, 647.

⁽⁴⁰⁷⁾ Sobre a estratificação social ligada às funções sociais, cf., por todos, O. GIERKE, *Political theories...*, cit., 24 ss. e 63 (e n. 224), E. LOUSSE, *La société...*, cit., 101, R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, Paris 1974, 14 ss.; e *Les concepts d'ordres, d'États, de fidélité et de monarchie absolue en France...*, em “*Révue historique*”, 1972, 289-312; J. A. MARAVALL, *Teoría española del Estado...*, cit., 120 ss. O destaque dado à concepção corporativa da sociedade não significa que, para esta sociedade, não valha uma análise classista, como a proposta pelo marxismo; uma coisa é a auto-representação desta sociedade como “corporativa”, outra é a sua (hetero-) explicação em termos de classe, explicação que deve mesmo esclarecer os porquês daquela auto-representação. Sobre o confronto entre os conceitos de “estados” (ou “ordens”), “castas”, “classes”, v. as actas do “Colloque d'histoire sociale” de Saint Cloud, 1967 (C. E. LABROUSSE e D. RICHEL, *Ordres et classes*, 1967; P. GOUBERT, *L'ancienne société d'ordres: verbiage ou réalité*, em “*Civilisations et sociétés*” 52(1976)). Sobre a análise de classes das “sociedades de ordens”, v., por todos, D. RICHEL, *La France*

Na sociedade há várias funções (*officia*) a desempenhar e o seu desempenho reparte-se por diversos grupos do corpo social — os guerreiros devem velar pela segurança, os clérigos devem assegurar o culto, os restantes devem, cada um na sua profissão específica, garantir o sustento de todos. Esta divisão tripartida (*bellatores, oratores, laboratores*) — que remonta decerto a uma antiquíssima representação triádica da sociedade⁽⁴⁰⁸⁾ — complicou-se, como veremos, à medida que as tarefas sociais se foram diversificando, mas a ideia de repartição da sociedade em grupos hierarquizados de acordo com as suas funções sociais permaneceu até ao fim do antigo regime.

Esta hierarquização funcional das pessoas tem consequências ao nível do seu estatuto jurídico e político. A ideia medieval de que o direito positivo não podia desconhecer ou desmentir o direito da natureza manifesta-se também aqui. Já que a natureza da sociedade assignava a cada grupo uma tarefa particular, lógico era que a cada um fossem garantidos os meios de a desempenhar cabalmente; assim, por natureza, cada função social originava um certo estatuto (*status*), integrado por certos direitos e deveres adequados ao desempenho cabal de certa função. Esta ligação entre *officium* e *status* deve ser respeitada pelo direito positivo que, assim, deve assegurar a cada função o seu *estado* e manter

moderne. L'esprit des institutions, Paris 1978. Outras indicações bibliográficas em A. AJELLO, *La rivolta contro il formalismo*, em “*Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*”, Napoli 1974, n. 37 e AURELIANO MUSI, *La storiografia politico-amministrativa sull'età moderna: tendenze e metodi degli ultimi trentani*, em A. MUSI (ed.); *Stato e pubblica amministrazione nell'ancien régime*, Napoli 1979, 14 s. e 52 s. Sobre esta problemática, aplicada à análise da sociedade de antigo regime em Portugal, JORGE B. DE MACEDO, *Para o encontro de uma dinâmica concreta na sociedade portuguesa (1820-1836)* “*Rev. port. hist.*” 17.2. (1977) 245-62; para uma crítica das posições deste autor, além do que fica sumariado nesta nota, v. o que digo no meu artigo *O projecto institucional do tracionalismo reformista...*, cit., n. 12 e no prefácio da colectânea referida na nota 370.

⁽⁴⁰⁸⁾ A divisão das funções sociais em três categorias e a triplice hierarquização dos grupos sociais é uma constante antiquíssima do pensamento indo-europeu. Já os gregos e romanos, como de resto os védicos, representavam a tripartição das funções humanas por uma tríade de deuses principais (cf. G. DUMÉZIL, *La religion archaïque romaine*, Paris 1967, obra pioneira num tratamento estrutural da mitologia indo-europeia). Também no pensamento medieval a tripla hierarquia das funções terrenas se projecta numa hierarquia tripartida da sociedade celeste (arcanjos, querubins e serafins).

entre os estados uma hierarquia condizente com a hierarquia das respectivas funções^(408a).

Radicada na “função”, esta estratificação social não se confunde, teoricamente, com um sistema de castas. Pelo menos em teoria, o estado anda exclusivamente ligado ao desempenho duma função social, adquirindo-se no momento em que se toma o encargo de a realizar e perdendo-se quando se deixa de realizar esta função ou se passa a realizar outra. Neste sentido, o estatuto da função sobrepõe-se mesmo ao privilégio de nascimento⁽⁴⁰⁹⁾.

Bastante nítida inicialmente⁽⁴¹⁰⁾, esta ligação do estado ao ofício vai-se esbatendo — sobretudo através da ideia de que o cabal desempenho de um ofício social exige qualidades que se encontram naturalmente nas pessoas que, pelo sangue, pelo exemplo dos seus maiores, e pelo desejo de os suplantarem, estão ligadas ao desempenho desse ofício pela tradição familiar. Assim, duma estratificação funcional da sociedade (que nunca desapareceu como tópico) passou-se a uma estratificação hereditária que tanto justifica a ideologia nobiliárquica — i.é., a ideia de que à nobreza devem pertencer os cargos de direcção e comando — como as adscrições profissionais nos ofícios humildes ou penosos — i.é., a obrigatoriedade de os filhos desempenharem os ofícios dos pais.

A ligação “ofício-estado” apenas permanece, na época moderna, em dois aspectos: por um lado, para proibir aos nobres o desempenho de certas funções sociais consideradas “vis” (o que, em contrapartida, dava aos não nobres o monopólio — por estes frequentemente reclamado — dessas funções [v.g., o comércio]); por outro lado, para permitir a ascensão social de certos estratos

(408a) Nisto consiste o “fazer justiça”, tarefa real por natureza.

(409) Cf., sobre isto, R. MOUSNIER, *Les institutions...*, cit., 15; cf., ainda, a seguinte citação: “docet quotidiana praxis... quod personae nobilissimae, ratione inferioris munus quod exercent, obsequium et servitium praestant personis longe inferioris, in maiore praeeminentia et dignitate constitutis, quia respectu habetur ad munus, non ad qualitatem personalem” (CARD. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, t. 8, d. 12, n. 3).

(410) O estado de cavaleiro vilão nos forais medievais aparece, v.g., estreitamente ligado ao desempenho efectivo de funções militares a cavalo, em termos tais que não sendo elas desempenhadas, o estado (e os seus privilégios) se perdiam, em princípio. Só um estudo detalhado — e não feito — pode dizer quando é que a concepção funcional da hierarquia cedeu à meramente hereditária.

não tradicionais mas com poder político (v.g., os letrados), através da ideia de que o desempenho das suas funções (v.g., a função de conselho) nobilitava⁽⁴¹¹⁾.

Também entre nós, os teóricos e as leis procediam a uma hierarquização social das pessoas. Embora haja outras anteriores⁽⁴¹²⁾, famosa é a enumeração dos estados feita nas *Ordenações Afonsinas* (I, 63, pr.), decalcada na trilogia tradicional e inspirada nas *Siete Partidas* (2, 25, pr.): “defensores som huus dos tres estados, que Deos quis, per que se mantevesse o mundo, ca bem assy como os que rogam pelo povoo chamam oradores, e aos que lavram a terra, per que os homees ham de viver, e se mantem, som ditos mantenedores, e os que ham de defender som chamados defensores”. Este texto dá-nos o elenco dos estados principais, justamente daqueles que tinham representação separada em cortes.

Mas esta classificação das pessoas podia ser mais diversificada e, sobretudo, menos rígida. Na verdade, ela representa uma fórmula de sintetizar nas suas grandes linhas (e sob o especial ponto de vista da teoria política) a diversidade dos estatutos jurídicos e políticos das pessoas; e se estes, no domínio da representação em cortes, mantiveram a classificação tripartida até ao fim do antigo regime, já em outros planos da realidade jurídica (direito penal, direito fiscal, direito processual, capacidade jurídica) eram muito mais facetados. No plano de cada um dos ramos do direito, e nas diversas épocas da sua evolução, foram-se assim constituindo e dissolvendo estatutos pessoais, correspondentes aos privilégios adquiridos ou perdidos por cada grupo de pessoas. É a oscilação recíproca destes estatutos que melhor nos dá o balanceamento social de cada época.

No séc. XVI, Diogo de Sá, no *Tractado dos estados ecclesiasticos & seculares*, dá-nos um panorama mais completo

(411) Na verdade, as funções de julgar e de aconselhar eram funções nobres (integradas no *auxilium* e *consilium* que competiam aos vassalos feudais); a novidade é que, a partir dos fins da idade média, elas vão ser desempenhadas por indivíduos originariamente não nobres e que pretendem nobilitar-se com o argumento de que desempenham tais funções.

(412) V., v.g., P.M.H., I, 221-2; FERNÃO LOPES, *Crónica de D. João I*, 2.ª parte, c. 1); D. DUARTE, *Leal conselheiro*, c. IV. Algumas indicações sumárias sobre a evolução da classificação jurídico-política das pessoas em Portugal em V. MAGALHÃES GODINHO, *Complexos histórico-geográficos*, em “Ensaios”, 2, Lisboa s/d, 16 ss.

do que era, perante a ordem moral e perante a ordem jurídica, esta pulverização dos estados, ao enumerar apartadamente doze estados diferentes, desde o real ao religioso, passando pelo de viuvez, de riqueza, de pobreza, de lavrador, de mecânico, de velhice, de mercador e negociante, de criado, de mulher pública, etc.⁽⁴¹³⁾. A diversificação social (i.é, a diversificação de funções sociais) dera origem a uma multiplicidade de estatutos (fiscais, criminais, civis, político-administrativos, processuais) distintos a que a teoria, vinda depois, recobre com a designação ou conceito de “estado”.

Entre os juristas, no entanto, a designação “estado” teve pouco curso⁽⁴¹⁴⁾, sendo quase sempre reservada para designar as três ordens com assento em cortes (assim, na designação de “Junta dos Três Estados”). Para descrever o estatuto jurídico particular das restantes hierarquias sociais, o conceito utilizado é antes o de *privilégio geral*⁽⁴¹⁵⁾ — isto é, em vez de se referirem ao “estado de agricultor”, os juristas limitam-se a enumerar os “privilégios dos agricultores”. O que se explica, pois, na verdade, estas categorias sociais nunca conseguiram atingir um estado de organização interna que as dotasse de órgãos próprios e de

⁽⁴¹³⁾ O texto citado encontra-se na B.N.L. (F.G., 2725); foi parcialmente editado por A. BANHA DE ANDRADE, *Antologia do pensamento português. Séc. XVI. I.* vol. (e único), Lisboa 1965, 145 ss., mas a parte não publicada é, do nosso ponto de vista, a mais interessante. Numa outra obra, de Sancho de Noronha (+ 1556-7) (*Tratado moral de louvores e perigos de alguns estados seculares*, 1549; ed. moderna, Lisboa JICU, 1969), enumeram-se os seguintes “estados seculares”: príncipes, juízes e conselheiros. Para a península em geral v. L. G. VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones*, cit., 115 e, por último, M. PESET e J. GUTIERREZ CUADRADO, *Fuero de Úbeda*, Valencia 1979, 150 ss. (e bibliografia cit. na nota 125; e, ainda, J. A. MARAVALL, *Del regimen feudal al regimen corporativo en el pensamiento de Alfonso X*, em “Bol. R. Acad. Hist.” 157(1965) 213-268; e *La formación de la conciencia estamental de los letrados*, em “Rev. de estudios polit.”, 59(1953) 53-81. Sobre os progressos das ideias unitárias de “povo” e de “Estado” no nosso país, cf. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *A consciência nacional...*, cit., 50 ss.

⁽⁴¹⁴⁾ A palavra “estado” ou “status” (ou mesmo “ordo”, neste sentido) raramente se encontra nos índices das obras dos nossos juristas.

⁽⁴¹⁵⁾ O privilégio (*ius singulares, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem constitutum est*) pode ser concedido a pessoas concretas ou a grupos de pessoas abstractamente designadas (desembargadores, viúvas, moedeiros); é a este último que chamamos privilégio geral.

representação política autónoma, como aconteceu com as três ordens tradicionais (clero, nobreza e povo); o que as distinguia e lhes dava especificidade era, no fundo, apenas o facto de disporem de um estatuto jurídico comum, e não qualquer forma de organização interna ou de representação política específica.

Além dos três estados com representação em cortes — clero⁽⁴¹⁶⁾, nobreza⁽⁴¹⁷⁾ e povo⁽⁴¹⁸⁾ —, a ordem jurídica portuguesa

⁽⁴¹⁶⁾ As principais prerrogativas do clero eram: representação separada em cortes, foro especial, isenção de serviço militar, isenção de impostos (embora com excepções), direito de asilo; o seu estatuto compreendia também algumas proibições: adquirir bens nos reguengos (O.F. 2,16), desempenhar certos cargos públicos (v.g., tabelião — O.F. 1,80,4), suceder nos bens da coroa (O.F. 2,35,10). Sobre o clero, v., por todos *Clero*, em “Dic. hist. Port.” e bibl. aí citada. Cf. ainda os v. *Clero, clérigo (clerus, clericus, ecclesiasticus)* num repertório das Ordenações (v.g., o da “Colleção de legislação antiga e moderna”), em MANUEL FERNANDES THOMAS, *Repertório geral...*, e em M. A. SOLANO DO VALE, *Index generalis...* (que é um repertório dos 14 vols. dos *Commentaria...*, de M. A. PEGAS).

⁽⁴¹⁷⁾ Sobre o estatuto jurídico da nobreza, JOÃO CARVALHO, *Novus et methodicus tractatus de una et de altera quarta ... falcidia, ad Raynaldus de testamentis*, ed. cons. Antuerpiae 1731, p. 1, n. 191-481; e, ainda, JOÃO PINTO RIBEIRO, *Escreve... ao Doutor Fr. Francisco Brandão sobre os títulos da nobreza de Portugal, & seus privilégios*, em “Obras compostas pelo Doutor...”, Coimbra 1730; J. CABEDO, *Pract. observationes*, cit., p. II, dec. 73 ss.; LUÍS DA SILVA PEREIRA e OLIVEIRA, *Privilegios da nobreza e fidalguia de Portugal*, Lisboa 1806; P. J. MELO FREIRE, *Institutiones...*, II, § III ss.; v. ainda v. *Nobreza*, em “Dic. hist. Port.” e bibl. aí citada. As principais prerrogativas da nobreza são: monopólio de certos cargos e, em geral, preferência para todos os cargos da república (v.g., Regedor da Justiça, Governador da Relação do Porto, Chanceler Mor, corregedores) cf., v.g., DIOGO GUERREIRO C. ABOIM, *Escola moral, política, christã, jurídica*, Lisboa 1747, XXIII, citando Séneca (*De ben.*, 4,30) e Aristóteles, (Polit. 5); isenção de tributos e serviços pessoais; regime processual e penal mais favorável; especial protecção da estirpe, pela permissão de deserdar os filhos naturais e de constituir morgados, etc.; sobre o privilégio das jugadas, cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9 (ad 2,33) gl. 1, c. 24. O seu estatuto continha também certas interdições, como o exercício de profissões vis ou mecânicas (em geral, de prestação de trabalho remunerado), de ter bens nos reguengos, de ser procurador de outrem, de participar (até às Cortes de Coimbra de 1473) ou, depois, apenas de assistir ou interferir nas eleições dos concelhos, etc. (cf. *Ord. Af.*, II, 65, 16). Outras particularidades do estatuto jurídico dos nobres podem ser encontradas nas Ordenações (cf. v. *Nobre*, num repertório), na legislação avulsa (cf. v. *Nobre* em, v.g., MANUEL F. THOMAS, *Repertório geral ou indice alphabetico...*, cit.) ou na doutrina (v., por todos, v. *Nobilliss* em MANUEL A. SOLANO DO VALE, *Index generalis* (a M. A. PEGAS), Ulyssipone 1741, vol. 2).

A nobreza conhecia vários graus (que variaram com as épocas); para uma

cônhcia muitos outros grupos privilegiados (i.é, com estatuto especial).

Desde logo, no lugar mais baixo da escala social dos homens livres, as pessoas de *condição vil* (ou *mecânicos*) — ou seja, aquelas que se ocupavam em trabalhos manuais remunerados; estas pessoas não podiam ocupar cargos concelhios ou da coroa nem eram admitidas nas suas eleições; a sua situação aproximava-se da dos mouros e judeus e, depois, dos cristãos novos, embora não estivessem feridos de certas interdições — como a de acesso a estudos ou a certas profissões liberais⁽⁴¹⁹⁾.

Depois, aquilo que certos autores designam por “*estado do meio*” — ou seja, aquelas pessoas que desempenham profissões originariamente consideradas como mecânicas (boticários, cirurgiões, escrivães, livreiros, escultores e pintores), mas que tinham sofrido um processo de ascensão social que as colocara junto da nobreza ou a par de outras profissões que já eram consideradas

sua enumeração, além dos já citados JOÃO PINTO RIBEIRO e MELO FREIRE, cf. ainda MELCHIOR FEBO, *Decisiones...*, dec. 106, n. 12-16.

⁽⁴¹⁸⁾ O estado popular é definido por exclusão — “os que não são clérigos nem nobres” — e não comporta, assim, um único estatuto, em termos positivos, estando antes repartido em múltiplos estados, uns de raiz regional (contidos nos forais), outros de raiz profissional (moedeiros, livreiros, agricultores, comerciantes), outros decorrentes de outras situações pessoais (idade, sexo, estado civil). A estes diversos estatutos nos referiremos brevemente no texto que se segue. Sobre o povo, cf. v. *Povo*, em “Dic. hist. Port.”. Ou, nos repertórios antes citados (*Repertório às Ordenações*, MANUEL F. THOMAS, *Repertorio geral ...*, M. A. SOLANO DO VALE, *Index generalis...*), os vv. *Plebe* (*Plebs, Plebeus, Vulgo*), *Povo*, *Mecânico*, *Agricultor* (*Agricola*), *Artífice* (*Artifex*), etc.

⁽⁴¹⁹⁾ “Plebei, qui ex aliena mercede pro suo labore victum quaerunt, mercenarii dicti sunt, omnium ad custodiendam terram aptiores & viliores reputantur” (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 5 (ad O.I.66, § 6), gl. 8, n. 7; “assoldados, & outros piães que ganharem dinheiro por sua braçagem”, Alçada dos juizes de fora, § 1 (cit. por Pegas, *loc. cit.*). A exclusão política dos trabalhadores por conta de outrem prosseguiu no regime liberal (só que agora com muito maior significado social, dada a progressiva extensão do trabalho assalariado), cujas constituições recusavam o direito de voto aos “criados” (*Const.* 1822, art. 33; *Carta Const.*, art. 65.; *Const.* de 1838, art. 73.), para além de estabelecerem um sufrágio censitário (*Carta Const.*, 67.; *Const.* de 1838, art. 72.). Após a abolição destes impedimentos pela Constituição republicana, o mesmo resultado foi objectivamente conseguido pela recusa de direito de voto aos analfabetos; só com a legislação eleitoral posterior ao 25 de Abril se pôs termo a esta descriminação secular.

nobilitadoras (a profissão das letras, v.g.). Aceite por uns, negado por outros, o “estado do meio” é um testemunho do modo como as mutações sociais iam estoirando com as fronteiras rígidas entre as velhas ordens⁽⁴²⁰⁾.

Mas os privilégios estabelecidos pela lei permitem ainda estabelecer muitas outras categorias de pessoas. Enumeramos algumas:

a) desembargadores (ou altos funcionários equiparados)⁽⁴²¹⁾ — são considerados nobres, estão isentos de fintas e de serviços pessoais, têm foro especial (Corregedores da corte), estão isentos de jugada, podem andar em mulas e trazer armas; todos estes privilégios são extensivos às suas mulheres e viúvas e alguns (nomeadamente, a isenção da jugada e dos encargos dos concelhos, a garantia de fornecimento pelos concelhos de trabalhadores braçais) aos seus caseiros e criados⁽⁴²²⁾.

b) *advogados e escrivães* — os primeiros, cujo estatuto arrancava da sua função de “corrigir os juizes imperitos”, gozavam dos privilégios dos doutores⁽⁴²³⁾; e, para alguns, eram

⁽⁴²⁰⁾ Sobre o “estado do meio”, cf. R. BLUTEAU, *Vocabulario...*, v. “estado”; MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO), *Notas a Melo...*, II, tit. 3, § 15 (e fontes aí citadas).

⁽⁴²¹⁾ Em geral, membros dos tribunais da corte (Casa da Suplicação, Desembargo do Paço, Relações, Conselho da Fazenda, Conselho do Ultramar, Mesa da Consciência e Ordens, etc.). Os privilégios dos desembargadores são, afinal, o reflexo dos privilégios que o direito comum concedia aos “conselheiros” (i.é, àqueles sobre quem recaía em particular o dever vassálico de *consilium*); na verdade, originalmente, os desembargadores são os membros do conselho régio (que depois se desdobra em diversos tribunais e conselhos). Sobre os privilégios dos conselheiros cf. v. *consilarii* em M. A. SOLANO DO VALE, *Index generalis...*, I, remetendo, sobretudo para M. A. PEGAS, *Commentaria...*, I.1,t.3,5 e 6; t.4 (ad 1,35 e 36); t.12 (ad. 2,54), p.470.

⁽⁴²²⁾ Os privilégios dos desembargadores estão estabelecidos nas *Ordenações* (*Man.* II, 39 e II, 43; *Fil.* II, 59). Sobre eles, além dos respectivos comentários de M. A. PEGAS (a O.II., 59; cf. ainda os a O.I.5), JOÃO PINTO RIBEIRO, *Lustre ao Desembargo do Paço*, ed. cons. Coimbra 1729, JOÃO MARTINS DA COSTA, *Domus Supplicationis curiae ... Styli*, Porto 1745, an. 4(p. 22), FRANCISCO C. DE SOUSA E S. PAIO, *Prelecções de direito patrio publico, e particular...*, Coimbra 1793, III, § 226.

⁽⁴²³⁾ Um dos privilégios dos doutores era o de expulsar o vizinho que tivesse uma profissão ruidosa (v.g., o ferreiro)...; como o direito pátrio era omissivo quanto aos privilégios dos advogados (bem como dos doutores, salvo o foro especial — “foro académico”), os autores remetem para o direito comum

mesmo considerados nobres; os escrivães (ou tabeliães), como oficiais régios — e, portanto, representantes do rei — são considerados (entre nós) como nobres, embora não gozem do privilégio de transmitir nobreza aos seus filhos (“nobreza generativa”)⁽⁴²⁴⁾.

c) lavradores — os lavradores por conta própria (ainda que em terra arrendada) e que vivam principalmente sobre o rendimento das suas terras, são considerados nobres pela doutrina seiscentista, dispoendo de muitos privilégios concedidos pelas leis: entre eles, o de serem dispensados de serviço militar, o de não serem presos por dívidas civis e, sendo lavradores em terras nobres, o de estarem escusos das fintas, dos serviços e de alguns cargos dos concelhos⁽⁴²⁵⁾.

d) *pobres* — todos aqueles que, em geral, suscitam a misericórdia pública (mendigos, cativos e presos, viúvas, doentes, meretrizes, expostos) dispõem de uma situação jurídica especial nomeadamente no plano processual, situação correspondente à natureza da sua situação económica e social — podem escolher como foro o próprio tribunal régio (entre nós, o corregedor da corte) — que, em princípio, melhor os protegerá dos poderosos —, podem apelar das sentenças sem limitação de prazo, as suas dívidas ficam suspensas enquanto durar a pobreza; em contrapartida, não são testemunhas idóneas⁽⁴²⁶⁾.

(cf., em todo o caso, *Ord. Fil.*, I, 48); sobre os advogados, sua dignidade e privilégios, por todos, M. A. PEGAS (ele, também, advogado ...) *Commentaria...*, t. 4 (a O.1.48), gl. 1, p. 147 ss. e JERÓNIMO DA SILVA ARAÚJO, *Perfectus advocatus*, 1743 (trad. “Bol. Min. Just.”, 1969).

⁽⁴²⁴⁾ Sobre os tabeliães, *Ord. Fil.*, I, 78-84 (e os respectivos comentários de M. A. PEGAS).

⁽⁴²⁵⁾ Sobre os privilégios dos lavradores, v. O.F. I, 87; II, 33, 10; II, 58 (e respectivos comentários de M. A. PEGAS, respect. vols. 7, 9 e 12); ainda, FRANCISCO C. DE S. E S. PAIO, *Preleções...*, cit., I, § 130 (cf., no entanto, D. VANDELLI, *Memórias sobre a agricultura deste reino e das suas conquistas*, “Mem. e con” I (1798)). Sobre a sua nobreza, cf., no entanto, a decisão judicial transcrita por M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 9 [ad 2,33] gl. 1, c. 24 n. 289 (p. 434). Vejam-se as desiludidas observações deste autor sobre a hipocrisia que representava falar-se em privilégios dos lavradores, cuja condição é antes a de estarem sujeitos a tudo e a todos (t.12, p.46, n. 12).

⁽⁴²⁶⁾ V. TH. VELASCO, *De privilegiis pauperorum et miserabilis*; para o nosso direito, cf. O.3,5,3; e M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t.4 (a O.1,62) gl. 23, n. 10; M. BARBOSA, *Remissiones...*, ad Ord. 3,5,3 (ed. 1730, p. 158), 269,

e) *mulheres* — também as mulheres gozam de um estatuto jurídico especial, que reflecte a sua situação de discriminação (ainda que dourada...): estão impedidas de agir em juízo, não podem julgar ou servir de juizes árbitros, não podem ser presas, são inquiridas em casa, estão desoneradas de encargos pessoais, estão impedidas de afiançar (privilégio Velleiano) e de fazer doações além de certa quantia, gozam de um regime mais favorável quanto ao erro sobre o direito (devido a uma alegada *imbecillitas sexi*), devem ser objecto de penas mais brandas, etc.⁽⁴²⁷⁾.

No fundo desta escala social, estão os rejeitados — judeus, mouros e cristãos novos⁽⁴²⁸⁾; mais baixo ainda, privados da própria liberdade pessoal, os escravos, realidade social que, em Portugal, tinha grande importância⁽⁴²⁹⁾.

Esta divisão em “estados”, cada qual cioso das suas prerrogativas, precedências e privilégios, é muito característica da sociedade moderna em Portugal. Perdida quase totalmente a ideia de ligação do “estado” à “função”, os privilégios de cada categoria social passam a ser em geral arbitrários, repercutindo apenas a capacidade de cada grupo social impor ao poder político o reconhecimento de certos privilégios e fundando uma ideologia social hierarquizante, cujas linhas de força eram a desvalorização do trabalho manual e assalariado e o prestígio da

309, 324). Próxima da condição de “pobre”, a de “velho” que, além do mesmo regime processual (salvo na incapacidade para testemunhar), tem certas prerrogativas quanto a precedências (cf. O.3,55,7) e assento. Note-se que o estado de “pobreza” é compatível com o de “fidalgua”.

⁽⁴²⁷⁾ Cf. RUI GONÇALVES, *Privilegios e prerrogativas que o genero feminino tem por direito commum...*, Lisboa 1557; também M. A. PEGAS, *Commentaria*, v. 6 (ad. O., 1,78 § 3); os privilégios das mulheres eram restritos às “honestas” (as “não honestas” também tinham o seu foro especial — v. *meretrix* em M. A. SOLANO DO VALE, *Index generalis...*, v. II); quanto às grávidas, não podiam ser postas a tormento ou executadas. Quanto às “amas dos expostos”, v. C.L. 31.5.1502; C.23.5.1576; A. 29.8.1654.

⁽⁴²⁸⁾ Sobre judeus, mouros e cristãos novos v., em geral, os respectivos artigos do *Dic. Hist. Port.* e bibl. aí citada. Para o regime jurídico, cf., por todos, os vs. respectivos (*judaei, mauri*) em A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus...*, cit., e M. SOLANO DO VALE, *Index locupletissimus...*, cit.

⁽⁴²⁹⁾ Sobre os escravos, informações gerais no artigo respectivo do *Dic. hist. Port.* e bibl. aí citada; regime jurídico: por todos, v. *Servitus (mere personalis)*, em A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber util.*, cit.; com especial interesse, L. MOLINA, *De iust. et iure...*, tr. I, d. 22 ss.

nobreza de sangue, das profissões militares, áulicas e, depois, literárias — neste último ponto, em parte, porque delas participavam os próprios autores das obras doutrinárias que se ocupavam destes assuntos...

Em todo o caso, também entre nós se vai anunciando de uma tendência para o nivelamento social, político e jurídico das pessoas. Isto corresponde, como acaba de ser dito, à absolescência e artificialismo da ligação do “estado” à “função”; mas também aos esforços das coroas para abater as ordens tradicionais e para colocar no mesmo plano (um plano subordinado) todos os habitantes do reino⁽⁴³⁰⁾. Entre nós, isto exprime-se — desde logo no plano dos usos linguísticos, sobretudo das chancelarias régias — numa progressiva intermutabilidade das expressões “vassalo” e “súbdito” e na equiparação entre “vassalo” e “súbdito natural”⁽⁴³¹⁾. No plano jurídico-institucional, no entanto, é preciso esperar pelo absolutismo iluminista para encontrar sinais decisivos de ruptura.

5. As cidades. Aspectos sociais, económicos e institucionais⁽⁴³²⁾.

A descrição que acabamos de empreender da teoria corporativa da sociedade fornece um enquadramento adequado

⁽⁴³⁰⁾ Sobre este “Estado nivelado” (*Flächenstaat*), como uma característica moderna no plano da história das formas políticas, O. BRUNNER, *Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft*, em “Aus Verfassungs- u. Landesgeschichte. Festschrift zum Theodor Mayer”, Lindau-Konstanz 1954, 294 ss.

⁽⁴³¹⁾ Exemplos frequentes na linguagem política e burocrática do séc. XVII (v.g., “naturaes destes reinos seus vassallos”, fala de D. António Pinheiro, no auto de levantamento e juramento de Filipe I, em J. J. LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsídios...*, I, 179).

⁽⁴³²⁾ Bibliografia básica sobre as cidades baixo-medievais e modernas. Para Portugal, o principal está compendiado no art. “Cidades (Orlando Ribeiro)” do “Dic. hist. Port.”. Para a Europa em geral é hoje fundamental o livro de YVES BAREL, *La ville médiévale. Système social et système urbain*, Grenoble 1977; para a Espanha, impressivo panorama em MARIANO PESEI e J. G. CUADRADO, *Fuero de Úbeda*, Valencia 1979; para a França, M. BORDES, *L'administration provinciale & municipale en France au XVIIIe. siècle*, Paris 1972 e Ch. PETIT-DUTAILLIS, *Les communes françaises. Caractères et évolution des origines au XVIIIe. siècle*, Paris 1947. Para a Inglaterra, o texto clássico de P. VINOGRADOFF, *A history of local government*, “Collected papers of Paul Vinogradoff”, I, 303-7.

para a descrição, desta vez no plano institucional, dos corpos políticos que compunham o reino.

Uma sua descrição exaustiva obrigar-nos-ia a começar pela própria família, centro de poder político e espaço de autonomia; e a prosseguir com as corporações, as universidades, as comunidades religiosas (mosteiros, *capitula*), as misericórdias.

A economia da exposição obriga, porém, a limitar a análise àquelas de maior importância social e de carácter mais acabado e permanente, as cidades e os senhorios. Às primeiras dedicaremos o presente capítulo, tratando dos segundos no capítulo seguinte.

É nos séculos XIII e XIV que entre nós se verificam claros sinais de desenvolvimento urbano, documentados até na própria organização urbanística (surgir de bairros “extra muros” — na toponímia, “burgos”, “de fora”; alargamento das muralhas — cercas “fernandinas”, v.g., do Porto e de Lisboa). Este movimento de urbanização relaciona-se, ao mesmo tempo, com a crise económica do mundo rural e com a expansão da economia mercantil: as condições cada vez mais duras do trabalho nos campos, originadas pela crise agrícola e pela crispação do sistema de exploração feudal (cf., *supra*, 187 ss.), e a abertura de perspectivas de sobrevivência através das novas profissões urbanas fez com que muitos colonos e, mesmo, pequenos proprietários rurais se estabelecessem nas cidades e aí se dedicassem ao comércio ou à pequena produção artesanal.

5.1. A estrutura social do mundo urbano.

Esta população urbana não era homogénea. Havia, por um lado, aqueles que continuavam ligados à produção agrícola, explorando, a título de ocupação principal, pequenas quintas do termo da cidade, atribuídas pelo rei (reguengos, sesmarias, salinas ou sapais) ou pelo concelho (sesmos), neste último caso com estritas obrigações de cultivo⁽⁴³³⁾; eram os estratos menos integrados na vida urbana, a cujas obrigações (fintas, talhas,

⁽⁴³³⁾ Sobre as *sesmarias*, cf., por todos, VIRGÍNIA RAU, *Sesmarias medievais portuguesas*, Lisboa 1946, e A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Introdução à história da agricultura...*, cit.; síntese, em “Dic. hist. Port.” “*sesmarias*”. V. também, com exemplos, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t.10, p.16, n. 13. Sobre as salinas ou sapais, J. CABEDO, *Decisiones...*, 2p., d. 53.

levas de presos, reparação das muralhas) procuravam frequentemente eximir-se e perante os quais as instituições urbanas apareciam mais na veste de suzerano do que na de organização sua própria⁽⁴³⁴⁾. Muitos deles eram vilãos, mas outros seriam

⁽⁴³⁴⁾ É frequente encontrarmos vestígios da tensão entre o *concelho* (núcleo de população caracterizadamente urbana, comerciante ou artesão) e o *termo* (núcleo da população predominantemente rural, habitando a área circunvizinha da cidade). As questões andam normalmente à roda da pretensão da cidade de “colonizar” político-administrativa e economicamente o termo e de este procurar eximir-se a essa colonização.

Formas de colonização político-administrativa, eram a designação dos *juizes* das aldeias do termo pelas instituições concelhias da cidade; daí as pretensões das cidades de que o rei alargasse os seus termos e não autonomizasse as suas aldeias, dando-lhes foros de concelho (cf., v.g., para Coimbra, a cooptação dos juizes do termo pela Câmara de Coimbra, *Livro II da Correia*, § 265 ss., cit. por J. PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã no século XVI. Elementos para a sua história*; Coimbra 1942, 4 ss.; para o Porto, a carta de D. João I (6.11.1369) em que autoriza a cidade a que “tomem posse dos ditos lugares [do julgado de Melres, cuja anexação ao termo fora pedida pelo concelho] como por suas aldeias e metem em elles juizes de sas mãos e todos os outros officiaes que a elles pertença”, *Corpus codicum*, I, 110 ou TORQUATO S. SOARES, *A organização municipal do Porto no tempo do Infante D. Henrique*, em “*Studium generale*” VII (1960) 227 ss.; para Lisboa, o alargamento do termo da cidade, por D. João I, a pedido da cidade, que aí passava a poder pôr juizes de sua dada — *juizes vintaneiros* — e o protesto da câmara de Lisboa contra a emancipação de Sacavém e Frielas, por volta de 1285, com a consequente perda da faculdade de escolher os seus alvazis (ou juizes), cf. M. TERESA CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos da administração municipal de Lisboa no séc. XV*, em “*Rev. Mun.*”, n.º 101/2, 50 ss. e M. CAETANO, *A administração municipal...*, cit., 44/5; para o resto do reino, a queixa dos concelhos nas Cortes de 1331 de que “cada villa ouve o seu termho assinado que lhi foy dado en seu foro e despois a alguas villas foy filhado dos seus termhos contra voontade dos concelhos fazendo em alguus lugares villas de sas aldeas”, o que o rei admite ter acontecido, mas justifica por objectivos de povoamento; cf. *Livro das leis e posturas...*, cit., 297. Cf. também Ord. Af. I, 64,4.; II, 39; II, 59.

Formas de colonização económica do termo eram as contribuições que recaiam sobre os seus moradores para as despesas do concelho, sobretudo despesas político-administrativas (“fintas” para satisfação de “pedidos” régios, para pagamento das despesas com a sua representação em cortes, para pagamento do funcionalismo) ou militares (formação da hoste concelhia, conserto das muralhas, constituição de reservas de abastecimento em caso de guerra); daí que os concelhos reagissem contra os privilégios dados aos reguengueiros de se eximirem a tais despesas (cf., agravamento das Cortes de 1331, *Livro das leis e posturas...*, cit., 304), ou contra a doação de terras do termo a privilegiados que, por o serem, estariam isentos de tais contribuições (cf., para o termo de Coimbra, J. PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã...*, cit., 3).

nobres ou clérigos, o que os colocava — dados os seus privilégios fiscais e políticos (cf. *Livro das leis...*, cit., 374/5) — numa situação pouco compatível com o sistema de relações sociais dentro da cidade. Daí que em alguns forais se lhes impedia expressamente o acesso ao estatuto pleno de vizinhos ou mesmo a participação em certos órgãos concelhios⁽⁴³⁵⁾.

Depois, no topo dos estratos sociais tipicamente urbanos, estavam os comerciantes de longo curso, importadores ou exportadores de sal, tecidos, cereais, etc., e os grandes comerciantes locais. Estes eram os principais beneficiários do sistema concelhio, aqueles cujos interesses eram mais consequentemente defendidos pelos órgãos municipais — que durante largo período monopolizaram —, quer contra as classes feudais, quer contra os grupos sociais dos artesãos e dos camponeses. Contra as primeiras, procuravam obter a maior liberdade possível em relação aos vexames económicos e sociais do feudalismo; contra os segundos, procuravam assegurar a sua submissão política⁽⁴³⁶⁾ e económica⁽⁴³⁷⁾ dentro do grémio concelhio.

A este grupo pertenciam ainda os membros das profissões que hoje chamaríamos de “liberais” e que então, com o progresso da vida cultural e da burocracia, iam ganhando peso⁽⁴³⁸⁾.

Um terceiro estrato social era constituído pela “pequena burguesia” urbana: pequenos comerciantes, ou tendeiros, peixeiras, regatões e almocreves, artesãos (alfaiates, sapateiros, ferreiros, etc.), perto da qual se encontravam o grupo social dos

⁽⁴³⁵⁾ São frequentes as leis reprimindo a tendência dos nobres e poderosos residentes nos concelhos para abusarem das suas prerrogativas; ou mesmo impedindo-os de participarem na vida pública concelhia (assembleias dos concelhos, etc.) — cf., quanto às primeiras, *Livro das leis e posturas*, cit., 121, 277, 312; quanto às segundas, *ibid.*, 259, 275, 312, 315. Também a doação pelo rei dos lugares do termo a nobres e privilegiados era motivo de queixa dos concelhos. Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 468 ss.

⁽⁴³⁶⁾ Impedindo o seu acesso aos órgãos municipais — nomeadamente, à assembleia concelhia — e, mesmo, ao direito de eleger os funcionários municipais. Sobre isto, v. *infra* 244.

⁽⁴³⁷⁾ Taxando a baixo nível o preço dos artigos que estes lhes forneciam (para consumo ou para revenda) ou os salários.

⁽⁴³⁸⁾ Em Coimbra, depois da transferência para aí da Universidade, a categoria dos letrados tinha peso suficiente para que os próprios letrados estrangeiros fossem elegíveis para os cargos concelhios; de resto, a própria Universidade nomeava um dos vereadores. Cf. J. PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã...*, cit., 31 e 45.

trabalhadores por conta de outrem (aprendizes, “serventes” ou criados, moços de lavoura ou “braceiros”). Se o primeiro estrato ainda obteve representação nos órgãos do concelho através da representação dos mesteres (v., *supra*, 195 ss.), já os restantes (“arraia miuda” ou “ventres ao sol” lhes chama FERNÃO LOPES) permaneceram sempre na situação de objecto das decisões dos concelhos, salvo nas épocas de convulsão social em que — como em Lisboa durante a crise social de 1383-5 — conseguem impor temporariamente à oligarquia do concelho a sua vontade.

A tensão social fundamental em que o grémio concelhio se encontrava comprometido era, evidentemente, a tensão com as classes feudais, incluindo o rei. As interferências do rei (ou do senhor, como no caso do Porto, em que a luta constante foi com o bispo) na escolha dos funcionários municipais⁽⁴³⁹⁾, a violação por este dos privilégios fiscais e judiciais⁽⁴⁴⁰⁾ dos concelhos, os abusos dos seus funcionários (sobretudo judiciais — meirinhos e saíões, corregedores —, militares — alcaides pequenos —, e fis-

⁽⁴³⁹⁾ As formas típicas de intervenção real nesta matéria eram a nomeação pelo rei de certos funcionários cuja dada cabia ao concelho (juizes ou alvazis, procurador, tesoureiro); mais tarde, a substituição dos juizes eleitos por juizes régios (juizes de fora); por vezes, a falta de confirmação dos juizes novamente eleitos, ocasionando a manutenção no lugar do anterior juiz, decerto do agrado do rei. V. exemplos disto nos referidos estudos de J. PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã...*, cit., 32/3, M.^a TERESA CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos da administração municipal...*, cit., 58/9 e 67 s., M. CAETANO, *A administração municipal...*, cit., 64 s. e 92 s.

⁽⁴⁴⁰⁾ As situações mais típicas eram as da violação da autonomia judicial dos concelhos pelo tribunal da corte: ou avocando a si as causas que corriam nos tribunais da cidade (cf. Córtes de 1331, em *Livro das leis e posturas*, cit., 296, Córtes de 1352, *ibid.*, 469) ou isentando as partes da jurisdição da cidade, dando-lhes juizes especiais (“juizes de graça”) ou cartas de isenção de justiça (“cartas de segurança”) — Córtes de 1331, “item senhor lhis ides contra seus foros filhando lhis sa jurisdiçom assy per cartas de segurança como per cartas de graça fazendo vir os preitos cevis e criminaes perante vos per citaçom en aqueles casos que deviam vir a vossa Corte tam solamente per apelaçom” (Cf. M. CAETANO, *A administração municipal...*, cit., 59 s.). Tanto as “cartas de graça” como as “cartas de segurança” (como ainda as moratórias, ou “cartas dos espaços”, sobre as quais v. Córtes de 1331, *Livro das leis...*, cit., 316), eram afloramentos do princípio de que ao rei competia a suma jurisdição, pelo que este podia avocar e decidir as causas em curso nos tribunais do seu senhorio. Sobre “cartas de segurança”, cf. *Ord. Af.*, III, 122, *Ord. Fil.*, e M. CAETANO, *ibid.*, 56 n. 103.

cais — mordomos e almoxarifes)⁽⁴⁴¹⁾, os abusos dos poderosos em questões de justiça, de eleições, de almotaçaria⁽⁴⁴²⁾, tais são as principais preocupações dos órgãos concelhios, tais como transparecem, por exemplo, dos “agravamentos” em côrtes.

No entanto, a esta contradição fundamental, que unia os vizinhos perante os inimigos do exterior, somavam-se contradições secundárias que opunham entre si os próprios vizinhos⁽⁴⁴³⁾.

Uma delas era a contradição entre a população urbana e a população rural do alfoz⁽⁴⁴⁴⁾, quer a propósito da autonomia administrativa deste último, quer a propósito do seu dever de contribuir para as despesas do concelho (muitas das quais não correspondiam à satisfação de interesses das populações dos termos), quer ainda a propósito das quantidades e dos preços dos géneros agrícolas que os arrabaldes deviam fornecer ao concelho.

⁽⁴⁴¹⁾ Os abusos dos oficiais régios eram muito variados: cobrança de impostos não previstos no foral, prisão pelos alcaides de cidadãos do concelho sem prévia sentença condenatória do juiz concelhio, nomeação de funcionários concelhios ou intromissão abusiva nas assembleias do concelho, apropriação ou açambarcamento dos géneros vendidos no mercado, abusos nas penhoras, abusos quanto ao direito de se aposentarem em casas dos cidadãos do concelho, etc. Uma colorida imagem de tudo isto pode ser colhida da leitura dos agravamentos gerais dos concelhos nas côrtes (v.g., de 1331, *Livro das leis...*, 290 ss.; 1352, *ibid.*, 462 ss., de 1361, VISCONDE DE SANTARÉM, *Memórias para a história e theoria das cortes geraes*, Lisboa, 1828, Parte 2.^a, Provas, 3 ss.).

⁽⁴⁴²⁾ Os abusos dos poderosos eram do tipo dos exercidos pelos oficiais régios, com realce para as questões relativas ao açambarcamento dos géneros, à sua compra a preços privilegiados com o fim de os revenderem, às “aposentadorias” e às eleições (côrtes de 1331, “dizem que quando am a esleger os juyzes e os alvazis em nas villas e em nas terras que vam hi os meirinhos e os alcaides e comendadores e cavaleiros e outros homees poderosos rogados e offereçoados pera ffazerem juyzes e alvazis aas sas vontades e nom se pode hi ffazer prol polo poderio delles aquello que os concelhos sem elles ffaram a serviço de deus e a vosso, e a proveito de todos”, em *Livro das leis...*, cit., 312). Cf. ainda *Ord. Af.* II, 60 a 62; *Ord. Man.*, II, 36; *Ord. Fil.*, II, 49/50. Sobre isto, e com indicação de outras fontes, FRANCISCO COELHO DE SOUSA S. PAIO, *Prelações de direito pátrio...*, III, 146 ss.

⁽⁴⁴³⁾ A problemática das tensões sociais na baixa idade média portuguesa foi pela primeira vez expressamente abordada por A. CUNHAL, *La lutte de classes en Portugal à la fin du moyen âge*, em “Rech. int. à la lumière du marxisme” 37(1963) 93-122 (trad. port., 1974), onde se pode encontrar um esquema global ainda hoje utilizável, nos seus traços mais gerais.

⁽⁴⁴⁴⁾ Cf., *supra*, 231. Sobre os “vizinhos”, cf. *Ord. Fil.*, II, 56.

Outra, era a contradição entre a oligarquia dos mercadores e o grupo social dos artesãos e pequenos comerciantes, esta girando à volta de dois temas principais: a democraticidade dos órgãos concelhios e a taxaço dos preços. O primeiro tema envolvia quer o da participação dos mesterais na assembleia concelhia⁽⁴⁴⁵⁾, quer o do carácter “aberto” ou “fechado” da administração municipal⁽⁴⁴⁶⁾. O segundo tema envolvia a taxaço

⁽⁴⁴⁵⁾ A luta dos mesterais pela sua participação na assembleia concelhia foi muito longa; tendo aí aparecido pela primeira vez em Lisboa, em 1285, são dela excluídos por carta régia logo em 1298 sob o pretexto que aí introduziam grandes discórdias (cf. M. CAETANO, *A administração municipal...*, 39 s.); só lá voltam definitivamente em 1384 (cf. FERNÃO LOPES, *Crónica de D. João I. 1.ª parte*, XXVII). Em Coimbra, já têm representação em 1483 (fora pedida pela própria câmara em 1459, cf. J. PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã...*, cit., 31); no Porto, em 1475 (T. SOUSA SOARES, *A organização municipal...*, cit., 228 ss.; cf. todavia A. CASTRO, *Evolução...*, cit., 186 n. 30); em Santarém, em 1436; em Tavira, em 1446; em Évora, em 1459 (M.ª T. CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos da administração...*, cit., 73 ss.). No entanto, as oligarquias que dominavam os concelhos não viam com bons olhos esta participação dos artesãos na assembleia do concelho; nas côrtes de 1481 queixam-se de que se permita que “os plebeos e populares sejam en as cidades e villas de vossos regnos prepostos a seus maiores” e que “os boons antigos cidadãos e aquelles que gramdemente conhecem e conservam voso serviço ajam de padecer sob a fraqueza e mingoa e pinuria e proveza do entender dos prebeos dos mesteres” (cit. VISCONDE DE SANTARÉM, *Memorias para a historia e theoria das cortes geraes*, Parte 2.ª, Provas, 171). O rei, todavia, não decide abertamente contra eles, nas côrtes de 1490, mantendo a sua representação onde a houver, mas determinando que “onde os nam ha... os nam aja” (cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, 92/3). Não existe um balanço rigoroso para os dois séculos seguintes. Sabemos que, em Viseu, os mesteres desaparecem da câmara no séc. XVIII e que, além disso, é a câmara que passa a nomear os juizes dos mesteres (ALEXANDRE DE LUCENA E VALE, *História e municipalidade. Novos conspectos*, Viseu 1967, 49/50). Em Guimarães, mantêm-se na câmara durante o séc. XVII, mas sem voto (ANTÓNIO CARVALHO DA COSTA, *Corographia portuguesa*, Lisboa 1706, I, 103); o mesmo acontece em Leiria, mas a sua eleição era subornada pelos poderosos (*Chanc. Fil. III*, L. 17, 233 v.º). Em Setúbal, no entanto, pede-se ao rei que os introduza na câmara, para aliviar a opressão dos povos (*Chanc. Fil. III*, L. 2, 187 v.º). E há mais câmaras onde continuam (v.g., Beja, Coimbra, Torres Vedras [cf. C.L. 27-9-1646], Ponta Delgada [C.L. 28-11-1614]). Já na Castanheira, a sua participação é impedida pela C. L. 27-9-1641.

⁽⁴⁴⁶⁾ A luta acerca da democraticidade e publicidade das assembleias concelhias é muito curiosa em Lisboa; dela será dada conta mais adiante (cf., *infra*, 244 ss.). Notem-se, para já, duas posições opostas: a da corôa (Infante D. Pedro, 1440), decerto apoiando a oligarquia do concelho, desfavorável às assembleias alargadas (“taaes jumentamentos nom os faaes salvo por cousas de

dos preços dos produtos fornecidos pelos artesãos e pelos pequenos comerciantes, taxaço que, se correspondia ao interesse de quem, no mercado interno, só comprava — grandes mercadores de longo curso, nobres, letrados —, não correspondia já ao de quem nele também vendia — comerciantes locais, artesãos; e ainda — embora isto fosse tema de fricção com os assalariados — a taxaço de salários, na qual estavam de acordo também os proprietários rurais do termo e os próprios senhores feudais.

Estas tensões e contradições existentes no grémio concelhio destroem, de certo, a imagem mítica que determinada historiografia dos concelhos nos tem dado; mas a sua verificação, abundantemente documentada nas fontes, nada tem de extraordinário se atentarmos à inserção destes vários grupos no processo produtivo e à diversidade de interesses que daí decorriam.

5.2. A estrutura económica do mundo urbano.

A economia dos centros urbanos obedecia a uma lógica bastante distinta da economia das zonas rurais. Nestas últimas, como vimos, o objectivo da actividade produtiva era, sobretudo, o de satisfazer as próprias necessidades da célula produtiva. Os excedentes do auto-consumo eram canalizados, em larga medida, para as classes feudais, pouco deles ficando para a troca ou a venda. Quanto ao destino dos excedentes feudais — conquanto que o ponto não esteja, entre nós, devidamente estudado —, parece que eles seriam armazenados para auto-consumo posterior do senhor feudal e da sua gente (homens de armas, comunidade monacal); uma parte deles voltava ao consumo dos produtores a título de empréstimos ou como preço de compra de bens de raiz

grande necessidade por que delles se seguem grandes empachos e torvações e aynda perda aos mercadores e mesteyraaes... e per esta guysa serem vossos factos may discretamente e melhor encaminhados”, M.ª T. CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos...*, 60); a dos procuradores do concelho em côrtes (1352), protestando contra o carácter restrito, quase secreto, das deliberações da câmara (“os vereadores que som postos em cada hua cidade e villa se apartam em logares onde fazem sas pusturas e outras cousas que pertencem aos concelhos e nom chamam hi os homens boos de cada huu logar e aas vezes fazem cousas que som dano dos concelhos”; a resposta do rei é, no entanto, prudente — cf. *Livro das leis...*, cit., 475).

(cf., 138 ss.). Embora isto que se acaba de dizer não exclua por completo a existência de comércio, exclui, isso sim, o comércio organizado, como já acima se disse.

Nos centros urbanos, pelo contrário, a actividade económica dominante é constituída pelo comércio organizado.

Comércio, em primeiro lugar, de bens destinados ao consumo da própria cidade mas nela não produzidos, desde os cereais produzidos nas regiões rurais, ou o peixe (fresco ou salgado) pescado no por vezes longínquo — litoral, até às hortaliças e criação comprados nas quintas do termo. Comércio, depois, de produtos que os mercadores de longo curso da cidade compravam em grandes partidas às zonas rurais e exportavam para regiões distantes (couros, sal, cereais, lãs, linhos, etc.). Comércio, ainda, das matérias primas que iriam ser transformadas pelos artesãos da cidade (ferro, couros, tecidos crus, fios para tecidos, barro, cêra, etc.).

A cidade estava, assim, inserida numa complexa rede de relações económicas; e os seus moradores eram colhidos de diversas formas nas malhas dessa rede, daí decorrendo interesses harmónicos ou conflituais entre os diversos grupos. Assim, os grandes mercadores compravam a praticamente toda a gente, umas vezes para consumir (aos pequenos tendeiros e artesãos da cidade), outras vezes para revender (aos artesãos da cidade e aos produtores, sobretudo agrícolas, do interior ou do termo; mas pouco vendiam dentro da cidade. Os artesãos compravam dentro da cidade os géneros do seu sustento (aos outros artesãos e a pequenos comerciantes urbanos ou a pequenos lavradores do termo) e, no termo no interior ou aos grandes mercadores, as matérias primas para os seus ofícios; na cidade ou no termo, encontravam ainda o diminuto trabalho salariado de que necessitavam; as vendas dos seus produtos, faziam-nas ou aos moradores da cidade e termo, ou aos grandes comerciantes. Os pequenos tendeiros (regatões, almocreves, peixeiras) compravam sobretudo no termo — embora o comércio de alguns se estendesse até ao interior, em caravanas organizadas os produtos de que comerciavam e, na cidade (aos artesãos e outros tendeiros), os géneros para sustento. A “arraia miúda” (braceiros, criados ou outros trabalhadores assalariados) ou comia da mesa dos patrões (lavradores do termo, artesãos, grandes comerciantes) ou abastecia-se dos tendeiros e artesãos da cidade; vender, só o seu trabalho.

Deste quadro ressaltam imediatamente as solidariedades e hostilidades grupais mais comuns: comerciantes, grandes e pequenos, artesãos e arraia miúda (enfim, toda a gente da cidade) estaria largamente de acordo, por exemplo, quanto a um baixo tabelamento dos produtos agrícolas vindos das zonas rurais ou do termo (exceptuando-se, apenas, um ou outro cidadão que fosse lavrador nos arrabaldes); o tabelamento dos salários, por exemplo, obteria o apoio, por directas ou indirectas razões, de quase toda a gente, menos dos braceiros; o tabelamento dos géneros agrícolas no mercado urbano teria, seguramente, a oposição dos pequenos comerciantes e, pelos reflexos que isso teria no produtor, dos lavradores do termo, mas seria apoiado pelos grandes comerciantes, arraia miúda e artesãos; estes últimos estariam, pelo contrário, contra o tabelamento dos preços das manufacturas, decerto reclamada por todos os restantes; a contingentamentação da exportação, a fim de garantir o abastecimento interno, seria do agrado geral, mas contaria com a oposição dos grandes mercadores que precisavam de exportar para importar e de uma coisa e outra para viver.

E, no meio de tudo isto, qual a posição das classes feudais (nobres, clero e rei)? Isto é, quais as relações entre o sistema económico urbano e o sistema económico feudal englobante?

Apesar de constituir um micro-sistema dotado de um certo grau de autonomia estrutural, a economia urbana não deixava de se inserir no sistema económico feudal global, já que estas comunidades urbanas não escapavam aos mecanismos de apropriação do sobre-produto pelas classes feudais, através das rendas senhoriais.

As cidades e vilas integravam-se, de facto, no senhorio dos senhores feudais (a começar pelo do rei); e, frequentemente, os senhores reforçavam as rendas tradicionais com rendas de outro tipo, por exemplo das provenientes do aluguer de casas, de lojas ou de mercados.⁴⁴⁷

As principais formas da renda feudal paga pelas cidades decorriam dos poderes jurisdicionais dos senhores. Eram elas: o

⁽⁴⁴⁷⁾ V., por último, ARMANDO CASTRO, *História económica de Portugal*, Lisboa 1981, 161 ss.; para a Europa, em geral, A. MARONGIU, *Villes et féodalités au Moyen Age*, “Ann. Fac. Lettres et Sc. Hum. de Nice” 9-10(1969) 9-13.

jantar ou *colheita*, contribuição colectiva dos concelhos, repartida depois pelos vizinhos (pelo processo, muito comum nesta época, da *finta* ou *talha*); contribuição anual por cada fogo; as *portagens*, cobradas pelo trânsito de mercadorias às portas da cidade; as *fangagens* e *açougagens*, incidindo sobre o preço dos bens vendidos no mercado; as *dízimas sobre o pescado* e sobre os produtos embarcados e desembarcados nos portos (*consulado*); a *ofreção*, ou direito de encarte de funcionários concelhios; as *carceragens*, tributo exigido aos presos, e cuja apetência explica a facilidade e frequência com que os alcaides prendiam os vizinhos, abuso contra que os concelhos frequentemente reclamam⁽⁴⁴⁸⁾; as *aposentadorias*, ou direito de alojamento; finalmente, nesta enumeração exemplificativa e não exaustiva, os direitos banais, dos quais se destacavam o *relêgo*, relativo à venda de vinho, e os direitos ligados à utilização de equipamentos produtivos (ou mesmo de equipamentos colectivos) relacionados com a vida económico-social urbana (fornos do pão, fornos de telha, pisões de bater os tecidos). A estas formas de cobrança da renda feudal, próprias dos senhores feudais (incluindo o rei) em geral, acrescem-se as rendas cobradas pela Igreja através dos *dízimos eclesiásticos*.

Mais tarde, por conversão e generalização da anúduva (cfr., *supra*, 141), o rei passa a apropriar-se de um terço das rendas do concelho, embora — pelo menos formalmente — estas *têrças* estejam afectadas às despesas militares⁽⁴⁴⁹⁾.

⁽⁴⁴⁸⁾ Cf., por exemplo, agravamento das cortes de 1331, *Livro das leis...*, cit., 292 ss.

⁽⁴⁴⁹⁾ Fr. JOAQUIM DE SANTA ROSA VITERBO, *Elucidário...*, cit., II, 605; cf. o pedido dos povos nas cortes de 1447, 1490 e 1612 no sentido de as *têrças* serem utilizadas nas despesas militares (VISC. SANTARÉM, *Memorias para a historia e theoria das cortes geraes*, Lisboa 1828, parte 2.ª, 54, 72 e 92); esta insistência deve-se ao facto de, na prática, os réditos das *têrças* serem apropriados pelos reis para outras despesas algumas não relacionadas sequer com o concelho. Os próprios concelhos, de resto, também as desviavam do seu objectivo próprio: em 1461, os povos pedem ao rei que por elas se paguem as despesas com o envio de procuradores às cortes (cf. VISC. SANTARÉM, *Memorias...*, cit., Parte 2.ª, 28). Alguns concelhos (v.g., Lisboa, Cf. M.ª TERESA CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos...*, cit., 29 s.) estavam isentos do pagamento das *têrças*, o que constituía um privilégio muito estimado; outras vezes, o rei prescindia anualmente da sua cobrança (cf. A. DA ROCHA BRITO, *As finanças quinhentistas do município de Coimbra*, em "Arq. Coimbrão" VII(1943) 200/1).

Sempre que o montante das rendas fossem insuficientes, os senhores (nomeada e normalmente o rei) podiam ainda recorrer a "pedidos" extraordinários ou fintas ou, pura e simplesmente, usavam da extorsão, embora o carácter politicamente organizado da cidade tornasse esta menos fácil. Em todo o caso, são frequentes as notícias de isto se ter verificado: quer no que respeita ao abuso dos poderes judiciais e tributários estatuidos nos forais; quer no que respeita à apropriação de terras comunais⁽⁴⁵⁰⁾; quer no relativo à recusa em comparticiparem nas despesas concelhias; quer quanto à apropriação por prepotência dos cargos municipais com a finalidade de tirarem partido económico da sua exploração ou da sua dada a outrém; quer, finalmente, no respeitante à compra, por preços privilegiados, de géneros para sua posterior revenda, no mercado, a preços normais⁽⁴⁵¹⁾.

Completando estes proventos que advinham aos senhores feudais da sua posição de senhores das terras, aparecem proventos derivados dos "investimentos" por eles feitos no sector da propriedade urbana, nomeadamente, casas, tendas e mercados, situação que é frequentemente referida nas nossas fontes⁽⁴⁵²⁾, mas que não é exclusiva das cidades portuguesas⁽⁴⁵³⁾.

Do que fica exposto se conclui a importância que os rendimentos senhoriais enxertados na actividade urbana tinham para as classes feudais, sobretudo numa época em que, como vimos, as fontes tradicionais de rendimentos estavam a escassear. Daí, talvez, a condescendência que as classes feudais manifestavam pelo mundo urbano, apesar de a lógica do desenvol-

⁽⁴⁵⁰⁾ Cf. ARMANDO CASTRO, *A evolução...*, III, cit., 138/9.

⁽⁴⁵¹⁾ Cf., v.g., agravamento dos povos nas côrtes de 1371, VISC. SANTARÉM, *Memorias...*, cit., 9.

⁽⁴⁵²⁾ Sobre a pressão nobiliárquica no sector da construção civil urbana, cf. ARMANDO CASTRO, *A evolução...*, cit., III, 129 ss.; sobre a construção pelo rei de mercados (fangas) e tendas para arrendar aos comerciantes e a resistência que os povos a isto ofereciam, cf. o agravamento das cortes de 1331 — no *Livro das leis...*, cit., 298 — e a carta de D. Afonso III ao concelho de Lisboa (1273): "disseram-me que vos agravais de eu ter mandado fazer um dia de feira todas as semanas nas minhas casas contíguas à alcáçova desta vila, exigindo renda por elas. Tinha entendido que isso era de proveito meu e vosso. Mas visto que vos agravais..." (Cf. M. CAETANO, *A administração municipal...*, cit., 36 e 63).

⁽⁴⁵³⁾ Para os restantes reinos espanhóis, referência de J. GARCIA DE CORTÁZAR, *Historia de España alfagura, La epoca medieval*, cit., 395.

vimento do seu sistema económico-social fosse claramente antagónica da manutenção da estrutura económico-social em que o domínio de tais classes assentava. As cidades, de resto, não se esqueciam de, ao procurar privilégios reais e franquia para o seu comércio, lembrar ao concedente as vantagens que ele próprio teria no desenvolvimento da vida urbana, fonte de pingues réditos e, sobretudo, de réditos fáceis de cobrar⁽⁴⁵⁴⁾.

Se o mundo urbano não deixava de estar integrado no sistema económico-social do feudalismo, o que é certo é que ele não deixava de ser, aí, um factor de desagregação, sobretudo enquanto desviava uma parte importante da renda feudal para a mão dos mercadores, que dela se apropriavam sob a forma de lucros da actividade comercial.

O comércio medieval — sobretudo o comércio à distância — era, na verdade, extremamente rendoso, já porque a percentagem de lucro era elevada, já por que os próprios preços dos artigos importados eram muito altos⁽⁴⁵⁵⁾. Por outro lado, a desproporção entre os preços dos artigos agrícolas e pecuários — pelos quais era constituída a fortuna tradicional dos senhores feudais — e os das manufacturas e produtos importados era enorme⁽⁴⁵⁶⁾. Daí que fosse necessária uma grande quantidade de produtos da terra para obter uma pequena quantidade de produtos da cidade e, por isso, que os senhores fossem obrigados a utilizar uma grande parte das suas rendas para se abastecerem junto dos mercadores. Estes acabavam, portanto, por se transformar nos beneficiários indirectos da renda feudal.

Este processo de exploração do campo pela cidade — proveniente de uma matriz de trocas muito desigualitária — e de transformação da renda feudal em lucro mercantil só não apontou para uma rápida desestruturação do sistema económico-

⁽⁴⁵⁴⁾ “... Quanto a vossa terra for mais rica tanto sera mays nobre e mays prezada e vos mays serviço delles e com mays proveito... a este artigo responde Elrey que bem entende el quanto a ssa terra ffor mays rica e mays onrrada que tanto seeria el mays servido e sas ventes valram mays seeram melhor manteudas...” (Agravamento das cortes de 1331, *Livro das leis...*, cit., 312).

⁽⁴⁵⁵⁾ Cf., sobre a exploração do campo pela cidade, W. KULA, *Théorie économique du système féodal*, cit., 54 e A. CASTRO, *A evolução...*, cit., III, 155 ss, 165 ss.

⁽⁴⁵⁶⁾ Sobre a desproporção dos preços rurais e urbanos, cf., com quadros comparativos, A. CASTRO, *A evolução...*, cit., III, 167 ss.

social por circunstâncias também elas ligadas à natureza da actividade mercantil medieval (sobretudo peninsular). Por um lado, o seu carácter especulativo (realização de grandes lucros por unidade, com o consequente agravamento dos preços), que impedia a expansão do mercado às classes não feudais e amarrava os mercadores ao destino económico dos seus clientes quase exclusivos — os nobres. Por outro lado, a separação económica existente entre o comércio e a actividade artesanal, tendo os mercadores maior tendência para investirem os seus lucros em terras ou na aquisição de rendas (de tipo feudal) do que na produção dos artigos a comerciar.⁽⁴⁵⁷⁾

5.3. A estrutura administrativa do mundo urbano. A administração concelhia.

Já antes falámos dos concelhos, sua origem e esquema de organização. Resta agora, na época do seu apogeu, descrever brevemente as formas da sua administração autónoma, bem como as suas relações com o poder central, sobretudo naquelas cidades e vilas em que o sistema urbano de convivência estava mais desenvolvido.

5.3.1. A administração autónoma.

O traço mais importante da administração concelhia era o carácter autónomo da sua administração, concretizado no reconhecimento, pelo poder central, de uma ordem jurídica local (contida no *foral* e nas posturas) e na existência de magistrados eleitos pelo concelho. Uma vez que o primeiro aspecto já foi suficientemente referido⁴⁵⁸, descrevamos, agora, o quadro dos órgãos e magistraturas do concelho e o modo da sua designação, sendo certo que a organização concelhia não era homogênea,

⁽⁴⁵⁷⁾ É muito interessante a reflexão de BARTOLOME CLAVERO (em *Derecho comum*, Sevilla 1979², 123 ss.) sobre o papel que a proibição da usura pelo direito comum teve neste despoletar da natureza revolucionária das relações mercantis. Na verdade, embora a prática conhecesse formas desviadas de praticar a usura, através nomeadamente dos censos (compra de rendas, *Rentenkauf*), a utilização destas formas de aplicação dos capitais transformava o argenteário num fundiário, que passava a viver duma renda da terra e, assim, se tornava solidário de todos os outros grupos feudais-rentistas.

⁽⁴⁵⁸⁾ Cf. *supra*, 205 ss.

dependendo do estabelecido na carta de foral e das circunstâncias especiais da história local.

O primeiro órgão concelhio — no qual se consubstanciava a autonomia e democraticidade da administração do concelho — era a assembleia concelhia, “concelho” ou “junta”, constituída por todos os vizinhos (cf. O. F., II, 56) ou homens bons (ou seja, pessoas que possuíssem nò concelho bens de raiz — daí, talvez, a expressão *vizinho arreigado*) e que aí habitassem. As suas funções são, como já vimos (cf., *supra*, 172 ss.) a participação na administração da justiça e, além disso, a resolução de problemas de administração local de maior importância, como os relativos ao abastecimento da cidade (almotaçaria) e à utilização dos bens do concelho (sesmarias, florestas, pastos comuns, águas). Para além de decidir sobre casos concretos, a assembleia podia formular regras gerais (*posturas*) que ficariam valendo como direito concelhio complementar ao foral⁽⁴⁵⁹⁾. A elas competia ainda a eleição dos cargos municipais (juizes, almotacés, vereadores).

Uma das manifestações das tensões sociais existentes no grémio concelhio aparece em torno da assembleia concelhia, sua constituição e seus poderes: enquanto o povo miúdo e os mesteres pretendem ter aí lugar e, mais do que isso, que ela se mantenha e reuna com publicidade, os grandes mercadores, proprietários ou cidadãos mais abastados (que constituíam a categoria dos “homens bons”)⁽⁴⁶⁰⁾ pretendem mantê-la seu

⁽⁴⁵⁹⁾ Sobre as posturas, v. A. HERCULANO, *História de Portugal*, cit., vol. VII, p. 303 ss.; as primeiras posturas conhecidas são as de Coimbra, de 1145 (*P.M.H., Leg. et cons.*, I, 743). Sobre a teoria jurídica das posturas (*statuta*), cf., MANUEL A. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes...*, cit., III, ad. O.1.18, gl. 13; II, ad. O.1.3, gl. 9; V, ad. O.1.66, gl. 30 e autores aí citados. V. também a bibliogr. indicada *infra*.

⁽⁴⁶⁰⁾ É hoje pacífica esta interpretação da expressão *homens bons* ocorrente nas fontes, apesar da opinião em contrário de A. HERCULANO (*História de Portugal*, 9.ª ed., VII, 297 ss.). Sobre o assunto, cf., além da síntese “homens bons” de A. H. OLIVEIRA MARQUES, em “Dic. hist. Port.”, o, ainda útil, A. HERCULANO, *História de Portugal*, 9.ª ed., VI, 216; VII, 247 ss. Nos sécs. XVI, XVII e XVIII, a expressão mantém o mesmo sentido (“os mais ricos, os mais poderosos”), mas ganha o sentido suplementar de “os que andam na governança” (i.é, os membros das famílias que costumam ocupar os cargos municipais). Cf., por todos, MANUEL ÁLVARES PEGAS, *Commentaria...*, V, ad. O.1.67, gl. 2.

monopólio⁽⁴⁶¹⁾ ou, em última análise, substitui-la por órgãos mais restrictos e reunindo com menos publicidade. Por isso, a evolução deste órgão nos nossos principais concelhos não é rectilínea. No entanto, a partir do século XIV, a assembleia concelhia entra em crise, substituída por órgãos colectivos restrictos (nomeadamente, pelos vereadores)⁽⁴⁶²⁾.

⁽⁴⁶¹⁾ Sobre os traços fundamentais da luta dos mesteres pelo seu acesso à assembleia popular, cf., *supra*, 236 ss.; e, também, M. CAETANO, *A administração...*, 39 ss.

⁽⁴⁶²⁾ Ainda na primeira metade do século XIII, estava bem viva a ideia de que certas deliberações deviam ser tomadas por todos os vizinhos, sob pena de não valerem (cf. A. HERCULANO, *História...*, VII, 307 ss.; e ainda a sentença de D. Afonso III de 1328 — “per fazer o alvazil e alcaide com alguns homens bons alguma cousa (isso) nom empecia o concelho nem era em seu prejuízo”, cit. M. CAETANO, *A administração...*, cit., 40). A partir da segunda metade deste século, a prática mais generalizada já devia ser a de os assuntos do concelho serem resolvidos pelos vereadores (cuja instituição se terá verificado cerca de 1338) ou “em câmara” (cf., para Lisboa, M. CAETANO, *A administração...*, 94). Assim, um dos agravamentos dos povos nas cortes de 1352 é justamente a falta de publicidade das decisões da câmara (cf., *supra*, 236); e, indiciando isto mesmo, numa sentença de 10.9.1361, D. Pedro I manda que os vereadores do Porto ouçam e se aconselhem com os homens bons antes de decidir das coisas do concelho (cit. A. MAGALHÃES BASTO, *Vereações*, Porto 1958, 331). A partir de D. Fernando — exceptuando o lapso revolucionário da crise de 1383-5 — não há, em Lisboa, notícia de assembleias populares; e não é ousado supor que a regra fosse, por todo o reino, a da substituição das assembleias pela vereação, nas questões administrativas, e pelos juizes, nas questões judiciais (aqui desde mais cedo). No entanto, ainda em 1498, o concelho de Elvas se queixa das “perturbações” que as assembleias concelhias causavam: “nesta villa se costuma huma muj desordenada couza e muj danosa ao bem commum a quall he quando sse fazem alguuuns apontamentos em camara pera fazerem enliçam dos officiaaes do concelho ou fazerem outra alguuma cousa que cumpre aproll da dita villa assy os grandes fidalgos cavalleiros e escudeiros como todo ho outro ho outro povoo dam vozes na dita camara e tanto val a voz do mais pequeno como a do mais grande ... pedimos a vossa alteza que outros alguuns nom sejam recebidos a dar voz saalvo os fidalgos cavalleiros escudeiros no que vossa alteza nos fará merçee” (cf. VISCONDE DE SANTARÉM, *Memorias...*, cit., Parte 1.ª Provas, 75). No entanto, mesmo no domínio eleitoral — que terá sido a última competência a ser perdida (ainda nas *Ord. Fil.*, il, 67, se manda reunir para o efeito todo o povo) — há sinais de que, ainda no século XV, a assembleia dos homens bons terá sido substituída, ou por um colégio restrito dos cidadãos “mais honrados” ou dos “que andam na governança”, ou por sorteios, ou que, pura e simplesmente, o rei ou o seu delegado regional (corregedor) terão usurpado os poderes de escolha do grémio concelhio.

A historiografia tradicional insistiu muito no carácter igualitário da estrutura política medieval, carácter esse que se iria filiar em alegadas tradições democráticas da organização política dos povos germânicos (cf., ainda neste sentido, BRUNNER, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 1917, e H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 1954, 5 ss.); hoje, pelo contrário, propende-se para destacar o carácter aristocrático e hierarquizado da organização política desta época — “o mundo da idade média é um mundo aristocrático. O Estado, a Igreja e a sociedade são dominados pela nobreza” (H. DANNENBAUER, *Adel, Burg u. Herrschaft bei den Germanen*, “Historisches Jahrbuch”, 61 (1941) 1 ss.; no mesmo sentido, KARL SIEGFRIED BADER, *Volk, Stamm, Territorien*, “Historisches Zeitschrift” 176(1953) 449/77, *maxime* n. 4).

Entre nós o carácter aristocrático da administração municipal fica bem documentado com os exemplos citados. E, se avançarmos no tempo (pelos sécs. XVI e XVII), o monopólio do governo das vilas principais e médias pela aristocracia local torna-se num facto incontestável: em Lisboa, Porto e Coimbra, os vereadores e procuradores às cortes são obrigatoriamente nobres; uma lei da 9.5.1654 (J.J.A.S.) reserva os ofícios dos concelhos para as pessoas principais e mais nobres da terra, filhos e netos de vereadores; em Ponta Delgada, só andam na governança “filhos, netos e genros de gente da governança” (CR. 30.6.1627, J.J.A.S.); em Pias, proíbe-se que sirvam o concelho “mecânicos, peões e analfabetos”, reservando-se os cargos para nobres, gente da governança e letrados⁽⁴⁶³⁾; em Viana, só votam nobres e gente da governança, embora haja também representação de mesteres (CR 19.11.1631, J.J.A.S.); em Beja, anda na governança a principal nobreza, ao todo umas quarenta famílias⁽⁴⁶⁴⁾; em Angra, só votam naturais e cristãos velhos⁽⁴⁶⁵⁾.

Nos concelhos pobres e pequenos, a situação seria diferente, em virtude de não abundarem os nobres e de os que houvesse se pretenderem escusar de cargos que traziam mais trabalhos do que

⁽⁴⁶³⁾ Aqui, as eleições eram, além disso, manipuladas pelo escrivão, informação que diz do peso deste tipo de oficiais para-letrados em terras pequenas. V. *Chanc. Fil. III*, L. 9, 283 v.º.

⁽⁴⁶⁴⁾ Catálogo dos vereadores de Beja desde 1324 a 1800 em Cod. 8026 F.G. BNL e Cod. 10 616 F.G. BNL, fl. 259-67; v. também FÉLIX CAETANO DA SILVA, *Vereadores da Câmara de Beja* (1799), “Arquivo de Beja” I (1944) 337 ss.; uma das famílias notáveis e da governança era a família Pegas, a que pertenceu o célebre juriconsulto Manuel Álvares Pegas.

⁽⁴⁶⁵⁾ *Chanc. Fil. III*, L. 15, 265; havia, de resto, leis neste sentido (6.6.1612 e 20.5.1620, J.J.A.S.); e a doutrina confirmava a exclusão dos judeus, opinando Pegas que a limpeza de sangue era a qualidade mais importante dos vereadores (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 5, p. 304 n. 1.

rendimentos ou prestígio. Assim: a câmara do Sardoal pede ao rei em 1618 que, por haver pouca gente, não escuse os analfabetos dos cargos do concelho (*Chanc. Fil. III*, L. 16, 231); a de Atouguia da Baleia pede, pelo mesmo motivo, que se admitam lavradores e mecânicos aos cargos do concelho (1621, *Chanc. Fil. III*, L. 3 Priv., 24); o mesmo se passa, pela mesma época, noutras terras, como pude ver noutras cartas régias da mesma chancelaria.

Outro órgão da administração autónoma do concelho são os juizes ou *alvasis*, normalmente dois (mas podendo ser quatro ou mais, de acordo com o disposto no foral), encarregados de administrar a justiça entre os vizinhos, embora, dada a confusão das tarefas judiciais e administrativas, competissem aos juizes atribuições não litigiosas⁽⁴⁶⁶⁾. Os seus cargos eram anuais (de Abril a Abril, em Lisboa, de S. João a S. João, no Porto, pelas oitavas do Natal, em Coimbra) e electivos, segundo processos que veremos de seguida.

A progressiva complexidade da administração municipal — que levava já, em alguns concelhos, a aumentar o número de *alvasis* — e os inconvenientes encontrados na reunião frequente das assembleias concelhias leva à instituição, entre 1332 e 1340 (provavelmente em 1338), de um colégio de “cinco ou seis homens bons”, mais tarde designados de *vedores* (e, depois, de *vereadores*) encarregados de “falar ou de concordar em todas aquelas cousas que forem prol e bõo vereamento da dicta vila ou iulgado” (*Regimento dos corregedores de 1340*)⁽⁴⁶⁷⁾, ou seja, todas as matérias de administração concelhia, desde as finanças à almotaçaria, não excluindo matérias de justiça que lhes fossem presentes pelos juizes (cf., o citado “regimento” e, mais tarde, *Ord. Af.*, I, 27).

⁽⁴⁶⁶⁾ Cf. A. HERCULANO, *História...*, cit., VII, 239 ss. Sobre a figura do juiz concelhio nos outros reinos peninsulares: ALFONSO GARCIA GALLO, *Jueces populares y jueces tecnicos en la historia del derecho español*, “La justicia municipal en sus aspectos históricos y científicos”, Madrid 1946; NILDA GUGLIELMI, *La figura del juez en el concejo (León-Castilla, siglos XI y XIII)*, “Mélanges offertes à René Crozet”, Poitiers 1966, p. 1003-24.

⁽⁴⁶⁷⁾ Publicado por M. CAETANO, *A administração...*, cit., 158 ss.; o passo que nos interessa vem na pág. 68. Cf. também o “Regimento dos oficiais das cidades” (1365), em JOÃO P. RIBEIRO, *Dissertações chronologicas...*, cit., III-2.º, p. 128; sobre estes regimentos, v., por último, ALBERTO BANHA DE ANDRADE, *Montemor-o-Novo, vila regalenga*, Lisboa 1975, 13 ss.

Assim surge o núcleo do corpo colegial concelhio a que, mais tarde, se virá a chamar a *câmara*, sobre o qual passa a impender a responsabilidade maior da gestão do concelho. Nas suas sessões estão presentes, além dos vereadores (inicialmente seis, depois regularmente dois ou três, os juizes, os almotacés, o procurador e tesoureiro do concelho, escrivães, representantes dos mesteres a partir de certa altura, cf., *supra*, 244 ss.)⁽⁴⁶⁸⁾, representantes de alguma entidade concelhia de relêvo (v.g., em Coimbra, a Universidade) e, eventualmente, alguns homens bons especialmente convidados.⁽⁴⁶⁹⁾

A decisão dos maiores negócios concelhios por esta assembleia restrita não pode deixar de ter levantado oposições; daí a já citada sentença contemporizadora de D. Pedro sobre a audiência de alguns homens bons pela vereação (cf., *supra*, 245), e, também, a resposta de D. Afonso IV aos povos que, nas cortes de 1352 (cf., *supra*, *ibid.* 245⁽⁴⁶²⁾), se queixavam do secretismo dos novos processos de governo municipal⁽⁴⁷⁰⁾.

Tanto os juizes como os vereadores eram eleitos pelo concelho dos homens bons; o processo de eleição variava de concelho para concelho: eleição directa, eleição indirecta, eleição seguida de confirmação do senhor, do rei ou dos seus delegados, ou cooptação por parte deste em relação aos cidadãos constantes de uma lista enviada pelo concelho⁽⁴⁷¹⁾.

⁽⁴⁶⁸⁾ Os mesteres eram obrigatoriamente convocados quando se tratasse de eleições, elaboração de posturas, arrendamento de receitas, impostos, arrendamento de bens da cidade, etc. M.^a TERESA CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos...*, cit., 101/2, p. 74.

⁽⁴⁶⁹⁾ Sobre idêntico e contemporâneo movimento nos municípios catalães J. M. FONT RIUS, *Ordenanzas de reforma organica en los municipios rurales catalanes* (siglos XVI-XVIII), "An. hist. der. esp." 31(1961) 569 ss.

⁽⁴⁷⁰⁾ "Respondemos que como quer que por nós fosse mandado que esses vereadores pudessem isso fazer, porque entendemos que é mais aguisado de se fazer por outra guisa porém mandamos que esses vereadores vejam e consirem a prol do comum homens bons dos lugares donde são vereadores... e se esses homens bons ou a maior parte deles acordarem com eles e virem que é bem de se fazer postura daquilo que assim acordarem, então façam chamar o concelho e façam a sua postura com consentimento do concelho ou da maior parte dele..." (em M. CAETANO, *A Administração...*, cit., 99/100). É de duvidar, porém, que esta decisão real tivesse tido grande eficácia.

⁽⁴⁷¹⁾ Cf. A. HERCULANO, *História...*, VII, 240 ss.; ainda em 1390 a eleição dos magistrados municipais do Porto estava sujeita à cooptação do bispo, que escolhia um entre quatro pares de juizes que lhe tinham sido indicados pelo concelho. Cf. A. MAGALHÃES BASTO, *Vereações*, cit., 12 s. e 185/6.

Em 1391, D. João I, atendendo aos "bandos, arroidos e inimizadas" a que dava lugar a eleição dos oficiais dos concelhos⁽⁴⁷²⁾, institui um sistema de escolha que iria ser seguido quase até final do antigo regime — o sistema "dos pelouros" —, sistema misto de designação pela aristocracia concelhia, de sorteio e de confirmação régia, muito favorável à concentração do governo local na mão de muito poucos, a ponto de, nos séculos seguintes, haver em cada terra um número reduzido de famílias que "andavam na governança"⁽⁴⁷³⁾.

O terceiro grupo de oficiais concelhios era constituído pelos *almotacés*, cuja esfera de atribuições era, no contexto urbano, muito importante — assegurar o abastecimento da cidade (para o que dispunham de um corpo quase oficial de almocreves, peixeiras, talhantes, etc.), fiscalizar os preços, verificar as

⁽⁴⁷²⁾ Cf. T. SOUSA SOARES, *A organização municipal do Porto...*, cit., 233. Cf. Ord. Af. II, 59,6. Nos meados do séc. XV, Afonso o Magnânimo estabelece um sistema idêntico na Catalunha (v. J. M. FONT RIUS, *Ordenanzas de reforma...*, cit. (n. 469)).

⁽⁴⁷³⁾ Basicamente, o sistema consistia no arrolamento, feito pelos oficiais dos anos anteriores ou por um número reduzido de homens bons, dos cidadãos com qualidades para assumirem funções de governo do concelho; para cada nome constante da lista dos cidadãos capazes para o governo (a chamada "pauta") fazia-se uma bola de cêra ("pelouro"), sendo todas elas metidas num saco na arca da câmara; cada ano, tirava-se à sorte o número de pelouros necessários para o provimento dos ofícios electivos vagos, guardando-se os restantes para os anos posteriores. Finalmente, a lista dos oficiais sorteados era enviada ao senhor da terra (nomeadamente, ao rei ou corregedor) para confirmação. Este é o sistema estabelecido nas *Ord. Af.*, I, 32, § 43. No entanto, há sinais de que este sistema não foi invariavelmente seguido, mantendo-se a prática da cooptação pelo senhor da terra entre vários nomes indicados (cf., v.g., T. SOUSA SOARES, *A organização...*, cit., 233); o entorse mais frequente terá sido o de o senhor (nomeadamente, o rei ou o corregedor) escolher da pauta os nomes do seu agrado (cf., J. PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã...*, cit., 30/1 e M.^a TERESA CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos...*, cit., n.º 101/2 58 ss.). Sinal de que o sistema legal não era seguido é, ainda, o facto de por várias vezes os povos terem reclamado em cortes o seu respeito (cortes de 1391, 1473, 1477, cf. VISCONDE DE SANTARÉM, *Memórias...*, cit., Parte 2.^a, 18, 39 e 64), reagindo sobretudo contra os abusos dos poderosos e dos alcaides mores (que, supõe-se, queriam nomear directamente os oficiais). Cf., por inédita, a reclamação do concelho de Elvas nas cortes de 1498, pedindo que os cargos municipais sejam dados vitaliciamente a um grupo de fidalgos, cavaleiros e escudeiros designados pelo rei, que os exerceriam rotativamente (VISCONDE DE SANTARÉM, *Memórias...*, Parte 1.^a, Provas, 75); o hábito de reservar um lugar da câmara aos fidalgos devia ser comum (cf. Ord. Af., II, 59,9).

medidas, zelar pela limpeza das cidades e, mais tarde, superintender em questões urbanísticas, impôr multas pela violação das posturas edilícias e sanitárias⁽⁴⁷⁴⁾. Embora providos pelo período extremamente curto de um mês (para evitar a corrupção e os abusos), os almotacés constituíam um cargo central da administração concelhia, não só por a sua jurisdição abranger pontos nevrálgicos da vida urbana (abastecimento, preços, saúde), mas também pelo facto de julgarem as questões sem recurso⁽⁴⁷⁵⁾. Daí que os lugares fossem cobiçados⁽⁴⁷⁶⁾ e que — embora neles devessem ser providos os juizes e vereadores cessantes — o seu arrendamento pela câmara pudesse ser uma importante fonte de receitas⁽⁴⁷⁷⁾. Pelo contrário, nas épocas de crise da economia urbana — falta de géneros, epidemias, etc. — o lugar era fonte de inúmeros incómodos e dele todos tentavam fugir⁽⁴⁷⁸⁾.

Além destes magistrados electivos, outros havia de nomeação concelhia — o *tesoureiro* e o *contador*, encarregados da administração e fiscalização financeiras do concelho; o *procurador*, espécie de promotor de justiça do concelho, encarregado de representar a colectividade municipal em tribunal; o *chanceler*, guarda do selo do concelho e, portanto, encarregado de mandar passar ou autenticar os documentos municipais; e muitos outros oficiais auxiliares ou especializados — porteiros, vedores de

⁽⁴⁷⁴⁾ Cf. o regimento dos almotacés (1340 a 1348) transcrito no *Livro das leis e posturas* (ed. cit., 275 ss.); onde estão patentes os poderes dos almotacés para constranger os almocreves, carnicheiros e peixeiras a abastecerem suficientemente a vila; com a lei de 1349(?), na sequência da “peste negra”, os poderes dos almotacés poderão ter sido ainda aumentados, pois essa lei acentua a regulamentação da vida económica (cf. *Livro das leis...*, cit., 448 s.; comentário em M. CAETANO, *A administração...*, 83 ss.).

⁽⁴⁷⁵⁾ O recurso das sentenças dos almotacés só podia ser dirigido ao rei (lei de 18.9.1439), mais tarde ao Desembargo do Paço (lei de 1486); de qualquer modo, estava excluído o recurso para a câmara ou os corregedores. Cf. M.^a TERESA CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos...*, 71 ss.

⁽⁴⁷⁶⁾ Cf. agravamentos das cortes de 1331, em *Livro das leis...*, 306.

⁽⁴⁷⁷⁾ Cf. J. PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã...*, 51/2; A. MAGALHÃES BASTO, *Vereações...*, cit., 350.

⁽⁴⁷⁸⁾ Cf., para Coimbra, onde, no séc. XVI, se pede ao rei que isentem os fidalgos de servir estes cargos, J. PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã...*, cit., 52 ss. A falta de pessoas que pudessem servir o cargo leva muitos concelhos pequenos a, durante o séc. XVII, pedirem o alargamento do período do seu exercício.

obras, corretores, sacadores, pregoeiros, provedores dos hospitais, etc.⁽⁴⁷⁹⁾. A disponibilidade destes cargos pela câmara, que os podia arrendar ou vender, além de constituir uma fonte importante de réditos para o concelho, constituía também, para os que andavam na “governança”, uma forma de constituírem uma clientela pessoal, política e económica.

5.3.2. A intervenção do poder central.

Apesar da autonomia administrativa de que gozavam as comunidades concelhias, a administração central não estava ausente da circunscrição municipal, onde se exercia através dos funcionários régios ou, no caso de terras pertencentes a um senhor-donatário, dos funcionários senhoriais.

Numa primeira época, correspondente à fase em que a administração militar hegemonizava toda a administração, o principal funcionário de ligação entre o poder central e os concelhos era o governador militar da zona — o *alcaide-(mor)* ou *casteleiro* (*castellarius*, na versão ocorrente nas fontes latinas). Sobre este funcionário, normalmente recrutado entre a alta nobreza, recaía a responsabilidade do governo militar — comandar a hoste local, defender o castelo, zelar pela conservação das obras militares, arrolar os efectivos militares (nomeadamente, os “besteiros do conto”) —, mas também a responsabilidade do policiamento local (através dos seus funcionários auxiliares — “alcaldes pequenos” e “quadrilheiros”) e, inicialmente, a própria administração da justiça por parte do rei⁽⁴⁸⁰⁾.

Ao lado deste, os funcionários encarregados da cobrança das rendas reais na circunscrição do concelho — inicialmente os *mordomos*, depois os *almoxarifes*. Estes funcionários estavam, em geral, encarregados da administração financeira dos bens da corôa (nomeadamente, dos reguengos, dos mercados ou tendas

⁽⁴⁷⁹⁾ V., para o concelho de Lisboa, enumeração em M.^a TERESA CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos...*, cit., 56 ss. A acrescer a estes, os delegados do concelho nas aldeias do termo (*aportelados*, *juizes pedárneos*, *juizes de vintena*).

⁽⁴⁸⁰⁾ Sobre o alcaide, v. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., IV; A. HERCULANO, *História...*, cit., 189 ss.; síntese em v. *alcaide*, no “Dic. hist. Port.”; para o séc. XV, data em que as suas atribuições são já estritamente militares, cf. *Ord. Af.*, I, 57.

do rei, dos impostos reais — v.g., dízimas, relêgo, jugada, sisas, etc.), seu arrendamento, cobrança das suas rendas (ou arrendamento da sua cobrança), execução das dívidas à corôa (penhoras, nomeadamente), pagamento das despesas do Estado (nomeadamente, salários, moradias e “contias”); nesta tarefa eram auxiliados por funcionários subalternos (mordomos pequenos, dizimeiros, relegueiros, jugadeiros, todos estes designados pelo nome genérico de *ovençais* — do lat. *obedentiales*, cf. “administração obedencial”, *supra*, 139²¹⁹). Os almoxarifes prestavam as contas do seu almoxarifado às *repartições dos “contos”*, aí entregando o saldo financeiro existente⁽⁴⁸¹⁾.

Com a progressiva autonomização da administração civil — governo civil, administração *sensu stricto*, administração judiciária —, surgiram funcionários que se substituíam aos alcaides neste domínio. Embora a designação se encontre em documentos anteriores — *maiorinus*, com o significado de delegado do senhor da terra ou de funcionário judicial subalterno —, é com D. Afonso III (1254 ou 1261)⁽⁴⁸²⁾, que surgem os *meirinhos*, com funções de inspecção administrativa e de “correição” (inspecção, recurso) judiciária. No reinado seguinte, aparecem outros funcionários com a mesma área de atribuições, os *corregedores*, que acabaram por substituir os meirinhos e por se tornarem numa figura característica da nossa história administrativa e judiciária, de que a actual nomenclatura judicial ainda guarda memória⁽⁴⁸³⁾.

A competência dos corregedores era muito vasta, pois abrangia, quer “feitos de justiça”, quer o “vereamto da terra”: inquirir da actividade dos juizes ordinários (e, também, dos juizes de fora), dos tabeliães e de outros funcionários locais (a isto se chamará mais tarde “tomar a residência”), receber queixas contra os poderosos, reprimir os “bandos” (ou partidos) locais,

⁽⁴⁸¹⁾ Sobre os almoxarifes e os mordomos v. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., III, 51 e 93; IV; ARMINDO MONTEIRO, *Do orçamento português. Teoria geral. História. Preparação*, vol. I, Coimbra 1921; síntese em v. *almoxarife e mordomo*, em “Dic. hist. Port.”.

⁽⁴⁸²⁾ Cf. regimento em P.M.H., *Leg. et cons.*, I, 252.

⁽⁴⁸³⁾ JOÃO PEDRO RIBEIRO (*Reflexões históricas*, Lisboa 1836, Parte 2.^a, 4) opina que a substituição dos meirinhos pelos corregedores teve o significado de substituir funcionários nobres por funcionários letrados; como se dirá adiante, esta opinião não parece de acolher.

inspeccionar o estado das praças de guerra e dos abastecimentos, encarregar-se de colheita de dados estatísticos sobre a região, confirmar as eleições dos magistrados locais, etc.⁽⁴⁸⁴⁾. Note-se, no entanto, que — como diremos mais tarde — não competia ao corregedor a apreciação em recurso das acções julgadas pelos juizes das terras.

As tensões entre os corregedores (e, também, outros oficiais régios) e os concelhos eram frequentes. A queixa mais comum (feita, por exemplo, nas cortes de 1352, 1361, 1391, 1442, 1446) é a de que os corregedores avocavam a si as causas que deveriam ser julgadas pelos juizes locais. Mas existem outras: a de que se intrometiam nas eleições (cortes de 1498), a de que derogavam as posturas concelhias (cortes de 1361)⁽⁴⁸⁵⁾, a de que aceitavam recursos das sentenças dos almotacés, etc.⁽⁴⁸⁶⁾.

O controlo real exercido através dos funcionários antes referidos era, de qualquer modo, um controlo exterior à organização concelhia, no domínio da competência própria das magistraturas concelhias. Estas mantinham a sua área de acção, por vezes em sectores decisivos, como a administração da justiça.

No entanto, a partir da segunda metade do século XIV verificou-se uma tendência progressiva para a invasão dum certo

⁽⁴⁸⁴⁾ V. regimentos de 1332 e 1340 em M. CAETANO, *A administração...*, cit., 151 e 158; *Ord. Af.*, I, 23; sobre os corregedores [JOSÉ ANTÓNIO DE SÁ?] *Do direito de correição usado nos antigos tempos, e nos modernos*, em *Memorias de litteratura...*, cit., II, 184-226; JOSÉ ANTÓNIO DE SÁ, *Sobre a origem e jurisdição dos corregedores das comarcas*, *ibid.*, VII, 297-307; H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., XI, cap. IV; síntese em v. *corregedores*, em “Dic. hist. Port.”. Para Espanha, os dois recentes trabalhos de BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid 1970, e AGUSTIN BERMUDEZ AZNAR, *El corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media (1348-1474)*, Murcia 1974; para além de outros mais antigos: F. DE ALBI, *El corregidor y la coadministración municipal*, “Rev. est. vida local” I(143) 361-75; *El corregidor en el municipio español bajo la monarquía absoluta*, Madrid 1943; L. G. VALDEAVELLANO, *Las Partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia*, “Bol. Real Ac. Hist” 153.II (1963) 205 ss.

⁽⁴⁸⁵⁾ Exemplo da intervenção de um corregedor na confirmação do direito local, a da fixação dos costumes de S. Martinho de Mouros por uma comissão presidida pelo corregedor (v. *Colleção de livros inéditos de história portuguesa*, Academia Real das Sciencias de Lisboa, IV, 579 ss.).

⁽⁴⁸⁶⁾ —Sobre o carácter definitivo das decisões dos almotacés cf., *supra*, 250. Um regimento de 1476/7, que autoriza os corregedores a evocar causas dos juizes municipais, volta a exceptuar os almotacés (cit. por M.^a TERESA CAMPOS RODRIGUES, *Aspectos...*, 65).

domínio privilegiado desta área coutada da administração concelhia por um novo tipo de funcionários régios que viria a ter grande importância nas épocas subsequentes — os *juízes de fora* (ou *juízes régios*).

O pretexto para a substituição dos *juízes ordinários* (ou *da terra*, ou *eleitos* ou “juízes pela ordenação”) pelos juízes de fora foi a “peste negra”; por carta de lei de 21.5.1349⁽⁴⁸⁷⁾, D. Afonso IV nomeia para os concelhos juízes régios, cuja principal atribuição era então a de tomar nota dos testamentos, em substituição dos vigários episcopais, cuja intervenção nesta matéria se tornava abusiva. Apesar de esta inovação ter sido mal recebida pelos povos, sobretudo porque sobre os concelhos recaía a obrigação de pagar aos novos funcionários⁽⁴⁸⁸⁾, os reis não deixaram de continuar a nomeá-los, sob vários pretextos. Primeiro, o de que, como forasteiros, os juízes de fora podiam julgar as questões com mais liberdade⁽⁴⁸⁹⁾ nomeadamente em relação aos poderosos, sob cuja autoridade estes últimos recaíam após os anos do seu mandato; depois, o de que a crescente complexidade do direito tornava necessário o recurso a pessoas mais peritas e informadas do que os juízes leigos, eleitos pelos vizinhos⁽⁴⁹⁰⁾; ainda o de que do aperfeiçoamento da justiça tirariam os concelhos mais vantagem económica do que a despesa que o sustento dos juízes régios lhes traria⁽⁴⁹¹⁾; finalmente, o de que a eleição dos juízes era o motivo de discórdias e da formação de “bandos”.

Assim, a partir de 1360, há juízes de fora em Coimbra; de 1375, no Porto; no reinado de D. Fernando, o rei nomeia os juízes de Lisboa. Só com D. João II, no entanto, os juízes de fora constituem uma magistratura de carreira, provida, dum modo geral, em letrados. Com D. Manuel, generaliza-se a sua

⁽⁴⁸⁷⁾ *Livro das leis...*, cit., 440.

⁽⁴⁸⁸⁾ Cf. art. 7.º dos agravamentos das cortes de 1352, em *Livro das leis...*, cit., 467 s.; cf., também, agravamentos das cortes de 1361, 1371, 1400 (todos em VISCONDE DE SANTARÉM, *Memorias...*, cit., *Provas da Parte 2.ª*, 9, *Parte 2.ª*, 9, 22, respectivamente).

⁽⁴⁸⁹⁾ Cf. resposta do rei aos agravamentos citados das cortes de 1352, em *Livro das leis...*, cit., 467 s.

⁽⁴⁹⁰⁾ Cf. resposta régia aos citados agravamentos das cortes de 1361, *loc. cit.*

⁽⁴⁹¹⁾ Cf. *loc. cit.* na nota anterior.

nomeação a mais algumas das terras do reino, suportando a corôa metade das despesas com o seu salário. Finalmente, com D. João III, estabelece-se o princípio de que apenas letrados possam ser providos nestes lugares⁽⁴⁹²⁾. A partir de então, os juízes de fora passam a distinguir-se dos juízes da terra pela sua dupla característica de serem nomeados pelo rei (por um período limitado, normalmente de três anos) e de serem peritos em direito.

5.4. A administração concelhia nos sécs. XVI e XVII.

Apesar de a autonomia municipal nunca ter atingido, entre nós, o desenvolvimento que conheceu em algumas áreas do centro da Europa, as suas limitações vão-se tornando mais patentes a partir do séc. XVI⁽⁴⁹³⁾.

⁽⁴⁹²⁾ Sobre a evolução da instituição dos juízes de fora, algo desactualizado e com imprecisões, JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Memória sobre a origem dos nossos juízes de fora*, em *Memorias de litteratura portugueza*, cit., I, 31-45; alguns elementos novos em M. CAETANO, *A administração...*, cit., 88 ss.; síntese em v. *juízes de fora*, em “Dic. hist. Port.”, cit. Para uma visão mais céptica sobre o impacto da criação dos juízes de fora, v., *infra*, 5.5.

⁽⁴⁹³⁾ Sobre a autonomia municipal, defendendo a tese de que ela foi pouco mais do que um reflexo da ideologia municipalista da historiografia oitocentista e novecentista, quer democrática (anti-absolutista), quer conservadora (anti-jacobina), ALEXANDRE DE LUCENA E VALE *História e municipalidade. Novos conspectos*, Viseu 1967, 5 ss. Descontando um certo radicalismo, a tese de Lucena e Vale não deixa de ser uma saudável pedra no charco na historiografia municipalista do Estado Novo, enredada numa série de mitos acerca da democraticidade e autonomia dos concelhos do antigo regime. Sobre o regime municipal da fase final do antigo regime v., ainda, JOSÉ HERMANO SARAIVA, *Evolução dos municípios portugueses*, em “Problemas de administração local”, Lisboa 1957; ARTUR MAGALHÃES BASTO, *Na agonia de um regime; os últimos anos de vigência do foral do Porto*, “O Instituto” 76(1928) 260-79, 470-87; ALBERTO VIEIRA BRAGA, *Administração seiscentista do município vimaranense*, Guimarães 1953; ANTÓNIO CARDOSO BORGES, *Castelo Branco na sua vida municipal*, em “Subsídios para a história regional da Beira Baixa”, Castelo Branco 1950; CLÁUDIO PAIS ANDORINHO JÚNIOR, *A administração municipal de Santarém no séc. XVI*, Coimbra 1959 (diss. lic.); JOSÉ PINTO LOUREIRO, *Administração coimbrã no séc. XVI. Elementos para a sua história*, “Arq. Coimbrão” 4(1938-9) 1 ss.; 5(1940) 1 ss.; 6(1942) 220 ss.; *Evolução político-administrativa de alguns concelhos da Beira*, “O Instituto” 94(1939) 20-57; *A administração coimbrã no séc. XVI*, Coimbra 1942; EDUARDO

Por outro lado, a *estrutura aristocrática* do governo concelhio acentua-se, sobretudo nas vilas principais; enquanto que nos concelhos pobres, onde o exercício dos cargos municipais constituía um pesado ónus, se gerava, em contrapartida, um movimento de fuga aos cargos concelhios através da invocação de mil e uma escusas, legais ou abusivas.

Tudo isto num ambiente de aperto financeiro que atingiu duramente os concelhos a partir dos inícios do séc. XVII, em virtude dos contínuos pedidos feitos pela coroa a diversos pretextos (quase sempre, para defesa da Índia ou do Brasil).

A questão da *autonomia dos concelhos* era posta a vários propósitos.

O primeiro deles era, decerto, o da eleição dos magistrados concelhios. Segundo o direito, ao rei cabia apenas a confirmação, através do Desembargo do Paço, das justiças concelhias; elaborada a lista dos eleitos segundo o sistema dos pelouros, esta ("pauta") era enviada para Lisboa, acompanhada das informações do corregedor sobre cada um dos eleitos, para ser confirmada. Embora não haja estudos sistemáticos sobre a questão — dificultados por não existirem, no fundo arquivístico do Desembargo do Paço, apuramentos de pautas anteriores à segunda metade do séc. XVIII⁴⁴⁰ —, a opinião dos autores é a de que, já nos fins do séc. XVI, a escolha dos magistrados municipais se faria por um sistema de cooptação, sendo enviada à corte não a pauta saída da extracção dos pelouros, mas a pauta inicial dos elegíveis, na qual estava incluída toda a gente da governança, cabendo então ao Desembargo do Paço o "apuramento" (i.é., a escolha dos eleitos)⁴⁴¹. Em alguns casos, sabe-se, de certo, que assim acontecia; e um regimento das eleições dos concelhos de 11.11.1611 subentende que em muitas terras o "apuramento" era feito na corte⁴⁴². Em 1620, Filipe II determina mesmo que, quanto

FREIRE DE OLIVEIRA, *Elementos para a história do município de Lisboa*, Lisboa 1882-5, 17 vols. (existe um índice, em dois volumes); ALEXANDRE DE LUCENA E VALE, *Um século de administração municipal. Viseu 1605-1692*, Viseu 1954; bem como a vasta bibliografia de Abel Viana, dispersa no "Arquivo de Beja".

⁽⁴⁴⁰⁾ V. algumas pautas, para a fase final do antigo regime, em A.N.T.T./Ministério do Reino, Livros 386 a 390 (índice 631).

⁽⁴⁴¹⁾ ALEXANDRE DE LUCENA E VALE, *História e municipalidade...*, cit., 41 ss.

⁽⁴⁴²⁾ Em Viseu, o rei passa a escolher os juizes e vereadores a partir de 1536-7 por "carta cerrada" que a câmara aguardava de Lisboa; a partir de 1613

às cidades do 1.º banco (das cortes, isto é, as mais importantes) as pautas vão a Madrid para apurar⁴⁴³.

O segundo era o da nomeação dos ofícios camarários (escrivães, tesoureiros, etc.).

Era também ponto de direito, entre nós, que a dada dos ofícios das câmaras era do rei. Isto nos termos da teoria de que os actos das cidades careciam da confirmação real para ser plenamente válidos e eficazes; entendendo os juristas que, no provimento dos ofícios, embora às cidades pudesse competir a escolha ou designação ("eleição") do funcionário ("apresentação"), o acto decisivo e definitivo de provimento consistia na sua confirmação pelo rei (ou donatário)⁴⁴⁴. Apesar disto, se o rei, normalmente, confirmasse a escolha feita pelas câmaras, era a estas que, na prática, vinham as vantagens de proceder às nomeações — ou seja, satisfazer clientelas ou, eventualmente, realizar dinheiro com a sua venda. Daí a contínua luta dos concelhos, praticamente desde a idade média, para reduzirem o acto de confirmação a uma mera formalidade. No século XVII, porém, (porventura não para estabelecer uma prática generalizada de designação directa dos ofícios das câmaras, mas para em casos pontuais poder satisfazer pedidos ou conveniências políticas) a afirmação de que ao rei compete a dada dos ofícios torna-se mais frequente e recebe um conteúdo mais vasto, ou seja, o de que o rei os pode nomear directamente, independentemente de apresentação da câmara⁴⁴⁵.

deixou mesmo de se fazer a reunião dos vizinhos para elaboração da pauta; em Coimbra, passa-se o mesmo, pela mesma altura, ALEXANDRE DE LUCENA E VALE, *História e municipalidade...*, cit., loc. cit. O alvará de 11.11.1611 contém um regimento das eleições das justiças para as "vilas e logares deste reino cujas eleições de juizes e officiaes da câmara não vêm a mim, para as apurar"; em relação ao regimento eleitoral das Ordenações, reforça o carácter aristocrático do processo; outro regimento é publicado em 1640 (*J.J.A.S.*, 228).

⁽⁴⁴³⁾ CRs. 1.71620 e 20.7.1620 (*J.J.A.S.*).

⁽⁴⁴⁴⁾ Sobre a necessidade de confirmação para a eficácia dos actos dos corpos (e também das cidades), v., *supra*, 214. Sobre a distinção entre apresentação e confirmação (ou "dada") e sobre o carácter definitivo desta última, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, 286 s.; sobre a faculdade real de dar ofícios dos concelhos, v. J. CABEDO, *Decisiones...*, 2. p, d. 33; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, p. 290, n. 51 (com nota das discussões a este respeito).

⁽⁴⁴⁵⁾ Cf. CR. 26.2.1614 (*J.J.A.S.*); J. CABEDO, *Decisiones...*, cit., 2p., d. 33; JOÃO PINTO RIBEIRO, *Lustre ao Desembargo do Paço*, Coimbra 1729, p. 21, onde cita o seguinte pedido feito em cortes pelo braço popular no tempo de D.

Tudo isto representa uma nova ideia acerca das relações entre as câmaras e o poder central, ideia que não pode ser desligada do avanço das concepções monistas acerca do poder político. A concepção segunda a qual os concelhos eram corpos políticos autónomos, dotados de um poder originário e não dependente da outorga (ou da superintendência) régia vai cedendo progressivamente o passo à teoria da origem delegada de toda a jurisdição que, como já vimos, se vinha desenvolvendo desde a baixa idade média⁴⁴⁶. Segundo esta nova óptica, os concelhos aparecem cada vez mais como detentores precários de um poder que lhes vem do rei e que este, a todo o momento, pode reavocar.

As *circunstâncias da guerra da restauração* vêm agravar ainda mais as condições da autonomia municipal. Por um lado, os pedidos financeiros da coroa e as próprias devastações provocadas pelas operações militares reduzem muitos concelhos a uma miséria extrema, que lhes tira as bases para uma real autonomia. Por outro lado, aparecem em cena funcionários militares (nomeadamente os governadores de armas) que, com o poder que lhes dão as circunstâncias de guerra, tendem a invadir a esfera das atribuições dos concelhos e a desrespeitar os seus oficiais⁴⁴⁷.

João III: “pedem seus povos a V. A. que os officios, que os concelhos das cidades, & villas deyxarão antigamente para si a dada delles; e sempre andarão nas eleyções das camaras, & por ellas forão dados os taes officios, & os reis passados sempre o houverão por bem. Pedem a V. A. que assim o mande, que as ditas camaras os deem...” (p. 24). Idêntico pedido, com resposta afirmativa, é feito pela câmara de Montemor em 1459 e confirmado em 1634 (*J.J.A.S.*, CR. 25.2.1634).

(⁴⁴⁶) Cf., *supra*, 206 ss. Um afloramento prático destas questões teóricas era o comezinho caso das precedências entre os oficiais concelhios e os oficiais régios: v.g., no séc. XVII gera-se em Pinhel um conflito entre o alferes da câmara de Pinhel e a própria câmara sobre o ponto de saber a quem devia competir a precedência nas procissões; o alferes, invocando a sua qualidade de oficial régio (de acordo com o regimento das milícias de D. Sebastião), quer preceder a câmara (o caso é relatado por JOÃO PINTO RIBEIRO, *Relação segunda*, Coimbra 1729, 70); em contrapartida, a câmara de Viseu, embora desse precedência nas suas reuniões ao corregedor da comarca, lavra em acta “... ser isso mera atenção ou político trato que o Senado tem com os ditos ministros, e não que estes tem precedencia alguma à câmara” (acta de 15.8.1736, cit. por ALEXANDRE DE LUCENA E VALE, *História e municipalidade...*, cit., 35).

(⁴⁴⁷) Cf. as diversas ordens régias, dadas aos governadores de armas, para não se intrometerem nos negócios dos concelhos; exemplos em JOAQUIM

Nos concelhos pequenos, o séc. XVII parece marcar um período de decadência e desprestígio social dos cargos municipais — semelhante, v.g., ao que ocorrera no baixo império romano (cf. *supra*, 81 ss) —, provocado pela difícil situação económica das câmaras e consequente carácter apenas oneroso dos seus officios honorários (i.é., não remunerados).

Daí o flagelo das escusas aos officios concelhios, com os mais variados motivos: parentesco com outros oficiais, funções militares, privilégio de esmolar para os cativos, estado eclesiástico, rendeiros das rendas reais ou do concelho, etc.⁴⁴⁸. Em algumas terras, a frequência das escusas fazia com que não se encontrassem pessoas disponíveis para exercer os cargos do concelho, sobretudo aqueles que exigiam um número maior de pessoas por ano, como era o caso dos almotacés⁴⁴⁹. Os privilégios concedidos aos senhores para isentar os seus oficiais, lavradores, apaniguados ou criados, ainda agravava a situação, tanto mais que muitos senhores abusavam dos seus privilégios, transformando-os mesmo numa forma de conseguirem receitas⁴⁵⁰.

5.5. Autonomia concelhia e vida jurídica local.

A historiografia do direito — sobretudo entre nós — tem ignorado quase sistematicamente o mundo do direito local, consuetudinário e não erudito; e, se não omite as referências aos

LEITÃO, *Cortes do reino de Portugal*, Lisboa 1940, 283 e 284; e alvs. de 23.9.1653 e 13.3.1654 (*J.J.A.S.*).

(⁴⁴⁸) Sobre as escusas, J. CABEDO, *Decisiones...*, p. 2, d. 84.

(⁴⁴⁹) Muitas terras pedem, então, que seja alargado para três meses o período de exercício dos almotacés: v.g., Ancião (*Chanc. Fil. III*, 15.11.1633, L. 1 Priv., f. 310 v.), Lourçal (*ibid.*, 13.11.1629, L. 2 Priv., fl. 125 v.), Couto de Majora (*ibid.*, L. 2 Priv., fl. 83).

(⁴⁵⁰) Cf. *Ord. Fil.*, II, 124; II, 25; II, 58. Curioso é o caso, constante duma sentença transcrita por M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, 467, dos oficiais das obras do mosteiro da Batalha, que tinham privilégio de D. João I para não estarem sujeitos aos cargos e encargos do concelho. Embora nos meados do séc. XVII já só aí trabalhassem um pedreiro e um carpinteiro, o número dos que, invocando a posse desse privilégio, se escusavam a servir no concelho era de 150 pedreiros, 55 cabouqueiros, 10 obreiros ou servidores, 20 carreiros, 1 ferreiro e 2 carpinteiros!... O privilégio é reduzido pela sentença a 4 pedreiros, 4 cabouqueiros, 4 carreiros, 2 carpinteiros e 1 ferreiro. Outro caso de abuso era o do privilégio das “tábuas vermelhas” da Colegiada de Guimarães, que era praticamente vendido a quem dele se queria aproveitar, (cf. A. 20.9.1767 [*A.D.S.*]).

juizes ordinários, dá pelo menos uma ideia falseada do seu modo de agir e da importância do direito por eles dito em relação à vida jurídica global⁴⁵¹.

A ideia correntemente dada pela historiografia das fontes — toda ela voltada para a descrição das fontes de direito dos tribunais centrais e para os problemas doutrinários colocados a este propósito pelos juristas eruditos — é o de que, a partir do séc. XV, os costumes, gerais e locais, tinham passado à categoria de fontes de direito francamente secundárias. Não só a legislação real e o direito comum regulariam zonas cada vez mais extensas da vida social, como a doutrina teria subordinado definitivamente o costume e a lei, substituindo à sua antiga definição como “*tacitus consensus populus*” uma outra que o fazia depender da “*conscientia et patientia regis*”. Quanto às “posturas”, normas comunais de regulamentação da vida local, a própria identidade de designação com as normas “técnicas” e subordinadas da actual administração local hiper-centralizadora apontava para uma sua desvalorização enquanto objecto da história das fontes.

Os séculos XVI a XVIII teriam sido, assim, uma época de franco predomínio do direito régio e do direito comum, contido nas glosas de Acúrsio, nas opiniões de Bártolo e na “*opinio communis*”⁽⁴⁵²⁾.

No plano da administração da justiça, a visão é a correspondente. A partir do séc. XIV, a progressiva intervenção da justiça real — através dos juizes de fora e dos corregedores — teria indo substituindo as justiças autónomas dos concelhos (e dos senhorios, nomeadamente das honras). Com os juizes de fora e os corregedores teria progredido, primeiro, o direito

(⁴⁵¹) Terá muito interesse aproximar o que se diz neste capítulo da análise tipológica, empreendida por MAX WEBER, em *Wirtschaft und Gesellschaft*, Parte IV, c. VII (existe tradução espanhola, *Economia y sociedad*, México 1944), da administração honorária da justiça, nomeadamente da descrição que faz da justiça local inglesa, em muitos aspectos semelhante, na sua matriz social e institucional, à nossa. Sobre a administração local inglesa v., ultimamente, T. G. BARNES, *Somerset assizes orders, 1629-1640*, Somerset 1959; J. S. COCKBURN, *A history of english assizes, 1558-1714*, Cambridge 1972; Ch. CARLTON, *Changing jurisdictions in 16th and 17th century: the relationship between the courts of orphans and chancery*, “*American journal of legal history*” 18(1974) 125 ss. Max Weber designa por administração honorária a administração levada a cabo por notáveis locais, não letrados e não profissionais, como serviço gratuito.

legislado da corte e a praxe de julgar do tribunal real; depois, o direito erudito romano-comum, já que, a partir de 1539, se exige — como vimos — a corregedores e a juizes de fora uma formação universitária em direito.

E, na verdade, muitos factores se combinam para tornar esta imagem verosímil.

Por um lado, a organização da vida jurídica local baseada na oralidade defendia-a pouco do esquecimento da história. Os costumes raro foram, que se saiba, reduzidos a escrito: dos finais do séc. XIV conhece-se cerca de uma dezena de redacções de costumes⁽⁴⁵³⁾, mas é evidente que isto corresponde apenas a uma pequena parte do direito consuetudinário. O resto, apesar da expressa cominação das Ordenações de que os costumes fossem reduzidos a escrito (*Ord. Af.*, 1.27.8; *Ord. Man.*, 1.46.8; *Ord. Fil.*, 1.66.28), perdeu-se ou está ainda inédito nos livros de vereações das câmaras, o mesmo acontecendo às posturas acordadas em câmara ou em concelho nos termos da Ordenação⁽⁴⁵⁴⁾. Quanto às sentenças dos juizes locais, parte delas não terão sequer sido reduzidas a escrito, dado que as *Ordenações* promoviam a simplicidade e a oralidade do processo nos tribunais locais⁽⁴⁵⁵⁾, satisfazendo-se frequentemente com a mera redacção do assento final (“protocolo”) pelo escrivão, o que impede, nomeadamente, o conhecimento da *ratio decidendi*. Mesmo em relação a sentenças escritas — que, contra a regra comum do direito português, poderão não apresentar a moti-

(^{452a}) Pouca atenção tem sido dada pela historiografia das fontes do direito português ao direito consuetudinário local. Os historiadores mais sensíveis a este ponto foram M. PAULO MERÊA (cf. *Questionário sobre o direito consuetudinário português*, Coimbra 1923) e M. CAETANO (prefácio a F.-P. ALMEIDA LANGHANS, *Estudos de direito municipal. As posturas*, Lisboa 1938 e *Monografias sobre os concelhos portugueses. Plano...*, Lisboa 1935). A restante historiografia trata sobretudo da teoria do costume como fonte de direito: por último, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, em “*Rev. port. hist.*”, XIV(1973) 242 n. 65, 290 n. 115; N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, cit., 414 ss.; M. J. ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de história do direito*, Lisboa 1979, 515 s.

(⁴⁵³) Cf., sobre as redacções de “costumes municipais”, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, 218 ss.; M. A. ALMEIDA COSTA, v. *Estatutos municipais*, em “*Dic. hist. port.*”.

(⁴⁵⁴) *Ord. Af.*, 1.27.7 8; *Ord. Man.*, 1.46.7/8; *Ord. Fil.*, 1.66.28. Sobre “posturas”, F.-P. A. LANGHANS, *Estudos de direito municipal. As posturas*, cit. Na Faculdade de Direito de Lisboa existe uma razoável colecção de códigos de posturas municipais oitocentistas que, em parte, reproduzem normas de direito local mais antigo.

(⁴⁵⁵) Cf. *Ord. Af.*, 1.44.43/45; 1.64/9; *Ord. Fil.*, 1.65.7/23/25/73.

vação¹³⁷ —, muito poucas são as que estão disponíveis para estudo. De facto, a generalidade das colecções de sentenças apenas recolhe sentenças dos tribunais superiores, que raramente dão uma descrição capaz da decisão recorrida¹³⁸. As inéditas jazem nos caóticos arquivos judiciais ou municipais.

Se, no plano das fontes de investigação, a historiografia tradicional teve razões para ignorar o direito local e o labor das magistraturas populares, a estas razões somou-se a imagem que a literatura jurídica da época deu deste mundo jurídico marginalizado.

A doutrina seiscentista e setecentista não é, desde logo, muito prolixa a respeito destas questões. Os principais juristas portugueses da época são, na verdade, pessoas ligadas diversamente aos meios do direito régio ou erudito — professores da universidade, desembargadores ou advogados dos tribunais superiores; de qualquer modo, letrados e oficiais do rei. Muitos deles tinham, é certo, feito a sua carreira de juizes ou de advogados pela província; e alguns recordam questões então surgidas¹³⁹. Mas a sua visão do foro local é decisivamente influenciada pela formação universitária prévia ou pela situação profissional e política em que se encontravam, como funcionários do rei. Desde logo, a sua atenção não é atraída pelas magistraturas locais, salvo quando, comentando as Ordenações, encontravam os títulos a elas dedicados¹⁴⁰. Mas quando o é, utilizam-se fontes doutrinárias do direito comum (eventualmente espanholas), alheias à realidade portuguesa, e

(¹³⁷) *Ord. Man.*, III, 50,6; cf., todavia, *Ord. Fil.* III,66,7; sobre a regra portuguesa da motivação das sentenças (contrária à do direito comum), J.-M. SCHOLZ, *Literaturgeschichtliche und vergleichende Anmerkungen zur portugiesischen Rechtsprechung im Ancien Regime*, “Rev. port. hist.” 14(1973) 125 ss.; e *Motiva sunt pars sententiae...*, “Atti del terzo Congresso della soc. it. di st. d. dir.”, Firenze 1976, II, 581 ss.

(¹³⁸) Como já foi notado (J.-M. SCHOLZ, em “Handbuch der Quellen u. Literatur d. neueren europ. PRG”, II Band, II Teilband, München 1976, 1326 s.) apenas FELICIANO DA CUNHA FRANÇA (*Arrestos*, 1764) publica sentenças das primeiras instâncias e nem todas elas, decerto, de juizes leigos.

(¹³⁹) Por exemplo, JOÃO PINTO RIBEIRO, *Três relações de alguns pontos de direito... sendo juiz de fora em Pinhel*, Lisboa 1643.

(¹⁴⁰) Obras dedicadas a magistraturas locais só AMADOR RODRIGUES, *Tractatus de modo & forma vivendi, et examinandi processum in causis civilibus via ordinaria in prima instantia intentatis*, Matriti 1609; DIOGO G. C. ABOIM, *De munere judicis orphanorum...*, Conimbricæ 1699; M. L. OLIVEIRA, *De munere provisorum*, Lugduni 1670; MATEUS H. LEITÃO, *De iure lusitano*, Conimbricæ 1645; BAPTISTA FRAGOSO, *De regimen reipublicæ*, 1737, para além dos comentários aos títulos das Ordenações dedicados ao direito ou aos magistrados locais (nomeadamente, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, e MANUEL BARBOSA, *Remissiones doctorum...*).

reproduzem-se fórmulas doutrinárias estereotipadas por detrás das quais não se consegue entrever a natureza e a dinâmica da vida jurídica local. Os concelhos portugueses, o seu direito e os seus magistrados, aparecem aí nas vestes dos municípios romanos ou das cidades italianas contemporâneas dos grandes juristas de trezentos. E se acaso a realidade local portuguesa é tão gritantemente diferente que suscita uma observação particular — “in Lusitania tamen...”, “in hoc regno...”, “apud nos...” —, essa observação é normalmente dirigida pela óptica do jurista erudito, que tende a desvalorizar a realidade jurídica autónoma dos concelhos, caracterizando-a apenas, do ponto de vista negativo, como uma situação de *ausência* ou de desconhecimento do direito (entenda-se, do direito erudito) e não como uma situação de *presença* de um outro ordenamento jurídico. Nesta perspectiva, por exemplo, a característica dominante dos juizes locais não pode deixar de ser a *ignorantia*, *rusticitas* ou *imperitia*, já que o padrão de cultura jurídica é, não o direito local, mas o direito régio ou erudito. Assim como a oralidade e simplicidade processuais, que as *Ordenações* tinham estabelecido como um objectivo ditado pelo interesse dos povos numa justiça rápida e barata (pois cada lauda processual implicava para as partes uma certa despesa com os escrivães)¹⁴¹, aparece nas obras doutrinárias dos juristas cultos como um mal inevitável decorrente do analfabetismo dos juizes.

A tarefa duma historiografia deste mundo jurídico marginalizado das magistraturas populares é, portanto, uma árdua tarefa, a requerer, por um lado, um exaustivo e moroso levantamento de dados de arquivos regionais e locais e, por outro, uma leitura “sintomal” da literatura jurídica erudita, leitura mais atenta àquilo que aí reprimido — pela pura omissão ou pela transmutação nas figuras do discurso jurídico dos letrados — do que ao que aí aparece expresso. Por isso, as notas que se vão seguir procurarão abrir apenas *algumas perspectivas* sobre esse mundo ignorado.

5.5.1. A autonomia jurisdicional.

A ideia de que o juiz é, por necessidade, um delegado do poder político central tem apenas cerca de duzentos anos, constituindo o reflexo dum pensamento político que, pela primeira vez, separa radicalmente a sociedade civil do Estado e

(¹⁴¹) *Ord. Man.*, 1,44; *Ord. Fil.*, 1,82.

reserva a este o monopólio do poder político, nomeadamente, do poder de criar o direito (por via legislativa ou por via judicial).

Em contrapartida, o pensamento jurídico e político que domina o longo período que a historiografia actual designa por “Estado de ordens” (*Ständestaat*) concebia — como já sabemos o poder político e o direito como algo que radicava essencialmente nos vários “corpos” em que a sociedade se decompunha e em que os homens se organizavam — família, corporações, cidades.

Neste contexto, o juiz aparece como alguém sobre quem repousa o encargo de realizar na prática — por sua iniciativa (*officium nobile*) ou a pedido das partes (*officium mercenarium*) — esse poder auto-regulamentador⁴⁰⁰; o juiz é, por essência, um funcionário da comunidade a quem esta compete a tarefa de dirimir os conflitos com base nas normas que ela própria para si estabeleceu. E não o delegado de um poder heterónimo e superior, como o rei⁴⁰¹.

É certo que a doutrina do direito comum sobre estes problemas nem era homogênea, nem deixou de evoluir. E, progressivamente, foi-se introduzindo uma ideia contrária a esta — a de que o poder de julgar era um atributo essencial do soberano (*regalia maiora*) e, conseqüentemente, que a jurisdição do juiz (e dos restantes oficiais) não podia ser senão uma jurisdição delegada. De qualquer modo, este reconhecimento da autonomia jurisdicional dos corpos inferiores não desaparecerá até ao fim do antigo regime e explicará muito das instituições judiciais de então⁴⁰².

(⁴⁰⁰) “Iurisdictio est ius, officium [iudicis] est exercitium ipsius iuris” (PIETRO DELLA BELLAPERTICA, *In Inst.*, IV, 6 de actionibus, † praeterea, n. 2). Sobre o assunto, v. F. CALASSO, *Iurisdictio nell diritto comune classico*, “An. st. dir.”, 9(1965) 89 ss.

(⁴⁰¹) Entre nós dir-se-á ainda no séc. XVII — “patet ex hac lege [O.F., 2,45,13] in Lusitania non esse totam civilem potestatem, & temporalem iurisdictionem solum penes principem, cum civitates, oppida, & populi constituendi sibi iudices ordinarios jus habeant, & creandi magistratus qui iustitiantibus reddere valeant” (M. A. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes regias*, Ulyssipone 1670-1729, V [ad 2,45,13] pr. gl. 2,23; embora se acrescente que isto só acontece por “graça e concessão do príncipe”).

(⁴⁰²) Sobre as orientações do pensamento jurídico medieval a este respeito, M. SBRICOLI, *L'interpretazione delle statuto*, Milano 1969, 27 ss.; P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico medievale (1100-1433)* Milano 1969; para a doutrina portuguesa, cf. *supra*, 215 ss.

O desenho que acabamos de traçar não consistia apenas num devaneio intelectual dos juristas académicos; antes correspondia à autonomia realmente vivida pelos corpos infra-estatuais, nomeadamente pelas cidades. E, por isso, esta concepção do direito e do ofício de julgar pôde desenvolver-se numa completa teoria acerca das qualidades e das funções do juiz⁴⁰³.

O direito local ou particular, estatuído para si pela própria comunidade nas assembleias comunais ou corporativas (*concilia, junctae, capitula*), publicado por bando ou pregão e, mais tarde, eventualmente reduzido a escrito, era um direito que decorria directamente dos sentimentos comunitários acerca do justo e do conveniente, um direito intensamente vivido e geralmente conhecido.

Daí que o seu conhecimento e aplicação não constituísse uma tarefa que exigisse estudos académicos, mas antes bom senso e um certo conhecimento do direito praticado. Entre as qualidades requeridas para o juiz, encontramos, então, como qualidades principais a bondade (*bonitas*), a consciência, a constância, a prudência, a diligência, embora também a eloquência e a perícia, se bem que desta última se diga que basta a “scientia conveniens”, não a “eminens”⁴⁰⁴. Antes de mais, o que era requerido do juiz era o conhecimento direito tradicional local e o bom senso necessário para encontrar a solução conveniente na falta de norma expressa; (juízo de alvedrio)⁴⁰⁵. Quanto ao conhecimento do direito comum,

(⁴⁰³) Normalmente contida nos comentários ao tít. *De iudiciis*; dos comentadores portugueses, PEDRO BARBOSA, *Commentarii ad... ff. de iudiciis*, Ulyssipone 1613; dos peninsulares, muito citado entre os portugueses, Th. VELASCO, *Judex perfectus*, Lugduni 1652; existem múltiplas apostilhas manuscritas nas bibliotecas portuguesas com comentários a este título, de grande importância prática.

(⁴⁰⁴) Cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 5 (ad. O. I,65) gl. I, n. 4; Th. VELASCO, *Judex...*, cit., p. 292, n. 44; NICOLAU C. LANDIM, *Nova et scientifica tractatio. I. De syndicatu iudicum...*, Ulyssipone 1676, c. 12, n. 18; c. 13, n. 10; c. 24, n. 2-3; c. 25, n. 33 ss.

(⁴⁰⁵) “Hos alcaides iuguem o que iaz na carta e aquello que non iaz na carta iuguen deryto a seu saber (P.M.H., *Leg. et cons.*, II, 10); “aquilo que não houver lei escrita julguem-no os juizes com os homens bons segundo seu sen...” (P.M.H., *Leg. et cons.*, II, 51). São expressões dos foros municipais portugueses, reduzidos a escrito no séc. XIV; outros exemplos, em *Livros inéditos de história portuguesa*, Lisboa 1798, II, 378 e 422. Também o *Ordenamiento de Alcalá* (32, l. 41) exige que os juizes “ayan sabiduria para judgar los pleytos derechoamente por su saber, è por su seso”. Sobre o direito local, v., por todos, N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*,

régio ou doutrinal, ele não seria fundamental, já que, segundo a doutrina dominante, a lei e o costume tinham igual dignidade, permitindo-se a sua revogação mútua⁴⁶⁶.

De resto, a qualidade *peritia* era — ao contrário da *prudentia* ou *conscientia* — uma qualidade não pessoal podendo, portanto, ser suprida pela consulta a um *assessor*. E, na verdade, a figura do assessor — espécie de perito a que o juiz privadamente podia recorrer — é conhecida do direito comum e corresponde a uma prática muito mais antiga⁴⁶⁷.

As magistraturas populares são muito antigas, constituindo um dos mais apetecidos privilégios concedidos às comunidades locais. Na verdade, o ter um magistrado próprio não constituía apenas uma comodidade (ter justiça *em casa*); mas também uma garantia (ter justiça *da casa*). Eleitos pelos principais vizinhos do lugar (*meliores terrae*), os juízes deveriam ser as pessoas mais sensatas e respeitadas da região. Apesar disso, eles não julgavam sós, nem neles repousava toda a responsabilidade da decisão; pois, instruído o processo segundo as praxes locais (definida a questão de direito e de facto, estabelecida a legitimidade das partes, fixados os meios de prova), a decisão final era remetida para o *concilium*, de acordo com um modelo bipartido de organização processual típico desta época⁴⁶⁸. Com a progressiva

Lisboa 1980, 217 ss. e 303 ss. Sobre a teoria do “estatuto” do direito comum e o direito consuetudinário na época moderna, STEPHANO MEDICIS, *De legibus, statutis, et consuetudine tractatis...*, Coloniae 1574; GUILLERMO AUGUSTO TELL LAFONT, *Notas sobre la teoria de los estatutos en la antigua jurisprudencia castellana*, Barcelona 1954; PIETRO CRAVERI, *Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario (sec. XIII-XVI)*, Milano 1969; F. BÉCHARD, *Droit municipal dans les temps modernes (XVIe. et XVIIIe. siècles)*, Paris 1966; sobre as tensões entre o direito consuetudinário e senhorial e o direito romanizado do príncipe, A. H. LOEBL, *Der Sieg des Fürstenrechts*, 1916 e F. TEZNER, *Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrecht*, 1901; v. ainda as referências de D. GERHARD, *Regionalismus und ständisches Wesen als ein Grundthema europäischer Geschichte*, “Hist. Zeits.” 1952, p. 202.

⁽⁴⁶⁶⁾ V. *infra* 424 ss.

⁽⁴⁶⁷⁾ Já nos forais e costumes portugueses da alta idade média se permitia que o juiz se socorresse do conselho dos melhores conhecedores do direito local; cf. exemplos em A. HERCULANO, *História de Portugal*, 9.ª ed., VII, 300 ss. Sobre o assessor, v. “Assessor”, em A. C. AMARAL, *Liber utilissimus...*, ed. cons. Conimbricæ 1740.

⁽⁴⁶⁸⁾ Sobre os juízes e o processo alto medieval em Portugal, por todos, *supra*, 173 ss.; para o centro da Europa, com referência à bipartição do processo, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte d. Neuzeit*, Göttingen 1967, 103 e

concessão de cartas comunais (forais) a todo o território, a administração da justiça inferior ficou sendo um monopólio das magistraturas populares, descontando as poucas terras em que os juízes continuavam a ser designados pelos senhores. E foi esta a situação que se manteve até aos meados do séc. XVIII.

Qualquer das Ordenações estabelece que, onde não houver “juiz de fora” nomeado pelo rei, a justiça será administrada por “juizes ordinários” escolhidos pelos vizinhos (*Ord. Af.*, 1,26; *Man.*, 1,44; *Fil.*, 1,66).

Uma vez designados (e confirmados pelo rei ou senhor da terra), os juízes recebem uma competência bastante extensa, que vai desde a superintendência administrativa e fiscal dos órgãos locais até à administração da justiça⁴⁶⁹. Salvo nas matérias crime, em que a competência exclusiva da justiça real (do tribunal central ou dos juízes de fora) continuava a ser muito extensa, era vasta a jurisdição dos juízes ordinários: julgavam em recurso as violações das posturas concelhias, julgavam alguns feitos crime (furtos de escravos, injúrias verbais), detinham uma competência geral para os feitos cíveis, julgando-os mesmo em última instância até certo valor⁴⁷⁰.

Também nas aldeias mais distantes da sede do concelho, as Ordenações estabeleciam a existência de juízes populares, eleitos pelos vizinhos (juízes pedâneos ou de vintena, *judices pedanei, vintanarii*), embora com uma jurisdição bastante modesta — julgamento das contravenções das posturas (*coimas*), jurisdição ordinária em causas cíveis de valor ínfimo e não relativas a bens de raiz⁴⁷¹.

A estes dois tipos de juízes haveria que acrescentar os juízes não letrados dos domínios senhoriais (v. *infra*, 300 ss.).

5.5.2. Perspectivas sobre o mundo jurídico local.

Uma fatia muito grande da vida jurídica quotidiana decorria neste mundo das magistraturas locais. Por isso, um entendimento

bibl. ai cit. (na trad. port., *História do direito privado moderno*, Lisboa 1980, 104).

⁽⁴⁶⁹⁾ Cf. *Ord. Af.*, 1,26; *Man.*, 1,44; *Fil.*, 1,65.

⁽⁴⁷⁰⁾ Cf. *Ord. Af.*, 1,19/21/26-7/28/29; *Man.*, 1,44,34/43-4/45/69; *Fil.*, 1,65,7-8/18/23/24/25.

⁽⁴⁷¹⁾ *Ord. Man.*, 1,44,64; *Ord. Man.*, 1,65,73.

da história das instituições atento à prática jurídica (cf., *supra* 18 s.) e aos fenómenos jurídicos de massa (cf., *supra* 21 s.) deve aprofundar as perspectivas sobre ele.

a) *O âmbito do mundo jurídico local.*

A primeira perspectiva é a da *dimensão* do mundo das magistraturas populares.

Em meados do séc. XIV o poder real estabelece — como se viu — nalgumas terras juízes régios, a pretexto de melhorar a justiça local — são os “juízes de fora”, cuja vocação havia de ser a de aplicar o direito régio (mais tarde, o direito romano-comum) em vez do direito local. Fortemente contestados pelos povos, os juízes de fora tiveram um progresso difícil até ao séc. XVIII. Até aos meados do séc. XVI não havia em Portugal mais do que umas quatro dezenas de juízes de fora, num total de mais de 800 concelhos e julgados⁴⁷². Em meados do séc. XVII, a situação continuava a não ser muito diferente — menos de 10% dos concelhos tinham juiz de fora⁴⁷³; e, no início do séc. XVIII, a situação permanecia quase inalterada⁴⁷⁴. Só com o Estado pombalino — que representa em Portugal o Estado planificador do iluminismo — a situação se altera sensivelmente. Nos fins do Antigo Regime havia cerca de 200 juízes de fora⁴⁷⁵.

b) *A sociologia do mundo jurídico local.*

A segunda perspectiva é a do *significado sociológico e político* destas magistraturas e do direito a que elas davam vida.

(⁴⁷²) Para o número de juízes de fora até ao séc. XVI, JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Sobre a origem dos nossos juízes de fora*, em “Memórias de litteratura da Ac. Real das Sciencias”, I(1792) 31 ss.; para o número de concelhos pela mesma época, os dados do cadastro de 1527, publicados em “Arq. hist. port.” vols. III, 241 ss.; VI, 241 ss. VII, 241 ss.; VIII, 241 ss.; JOÃO M. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Cadastro da população do reino*, Lisboa 1931.

(⁴⁷³) Dados colhidos do código “Livro das avaliações de todos os officios do reino. 1640” (Bibl. Ajuda 49-12-11/12); em publicação pelo autor.

(⁴⁷⁴) Cf. ANTÓNIO CARVALHO DA COSTA, *Corographia portugueza*, Lisboa 1706-12.

(⁴⁷⁵) Cf., v.g., *Almanach para o anno de M.DCC.XCIII*, Lisboa, p. 330 ss.; ou *Mappa alfabético das povoações de Portugal que tem juiz de primeira instância*, Lisboa 1811.

A historiografia liberal tendia a ver nos juízes populares os representantes mais autênticos do terceiro estado, numa antecipação das magistraturas electivas e do juri por que se bateu a ala mais radical do pensamento revolucionário português após a revolução burguesa de 1820. Nas franquias e liberdades dos concelhos e nas suas magistraturas electivas viam espíritos como A. Herculano as raízes das formas políticas revolucionárias, raízes que o centralismo régio e o absolutismo tinham atrofiado, mas que a revolução teria vindo “regenerar”. Criou-se, assim, uma auréola de democraticidade e de autenticidade em torno das magistraturas locais que, assim, teriam sido as lídimas representantes dos anseios de todo o povo.

Nesta *image d'Épinal* muito se perdia da crua verdade histórica. Na verdade, as magistraturas populares eram recrutadas apenas entre os estratos superiores da sociedade local. Não contando já com as inhabilitações eleitorais que atingiam os judeus, mouros ou cristão-novos e as classes trabalhadoras (*mecanici, mercenarii*)⁽⁴⁷⁶⁾, o modo de ser do sistema eleitoral — misto de eleição pela oligarquia local e de sorteio — garantia aos *meliores terrae* o monopólio dos cargos judiciais e administrativos electivos⁴⁷⁷; mais tarde, estabeleceu-se mesmo a praxe de estes cargos serem providos apenas em pessoas pertencentes a famílias que costumassem “andar na governança” prática que era coonestada pelo princípio, de direito e da teologia moral, de que “*meliores et nobiliores sunt eligendi ad officia publica*”, entendido pela doutrina como tendo um sentido social e não ligado à competência das pessoas⁴⁷⁸. Através destas

(⁴⁷⁶) V. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 5/ad. 1,67/ gl. 1, c. 1, n.1 ss.; *ibid.*,/ad 1,87/gl. 1, c. 1, n.3; onde se cita legislação extravagante de 1612 e 1649. Cf., todavia, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 14 (ad Ord. 1,67) n. 35 ss.

(⁴⁷⁷) Cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 5/ad 1,67/ gl. 1, c. 1, n.4 (“*nobiliores ad officia, & reipublicae magistratus evocandi*”); terras havia em que um dos juízes era obrigatoriamente nobre (cf. O. A., 1,23,45); NICOLAU C. LANDIM, *Nova et scientifica tractatio... I. De syndicato*, Ulyssipone 1676, c. 25, ns. 1-16.

(⁴⁷⁸) A ideia de uma funcionalização das aptidões pessoais ao desempenho dos cargos é característica de fases mais modernas do pensamento administrativo; cf. J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa nei secoli XVI e XVII*, em E. ROTELLI e P. SCHIERA, *Lo stato moderno. I. Dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1971; sobre os princípios doutrinários referentes a eleições,

magistraturas, canalizava-se, afinal, o poder social e político da estreita camada dos potentados locais, nobres ou não nobres; daqueles a que, na história peninsular do séc. XIX, se chama caciques e que dominavam — então como mais tarde — os vários registos da vida local: a economia, através da sua situação de maiores proprietários muitas vezes conseguida através da apropriação dos bens comunais; a vida política, através do monopólio dos cargos concelhios e da protecção longínqua de um nobre da corte; a vida cultural e espiritual, pela sua estreita ligação com o clero local, que muitas vezes apresentava, nos termos do direito de padroado. A própria alta nobreza — e mesmo a coroa — dominava uma parte destas magistraturas, pois não eram raras as terras em que o princípio de que ao povo competia eleger e ao senhor apenas confirmar cedera perante um uso contrário que dava ao senhor (eventualmente ao rei ou seu representante na província — o corregedor) o poder de nomear os oficiais do concelho ou as justiças.

Embora não haja investigação que permita traçar um quadro geral da situação a este respeito, não é excessivamente ousado afirmar que as magistraturas populares davam voz sobretudo aos interesses da nobreza rural (ou aos vilãos possidentes a caminho da nobilitação) e que estas as utilizavam — bem como aos cargos concelhios e à representação em cortes — para manterem o domínio sobre a vida local, nomeadamente nos campos social e económico⁴⁷⁹. É a partir daqui que pode ser melhor entendida a polémica em torno da criação e extensão dos “juizes de fora”, contra os quais reclamam as elites locais representadas em cortes⁴⁸⁰ mas a favor dos quais os reis invocam os interesses dos povos (*supra*, 253 s.).

além do passo citado de M. A. PEGAS (T. 5, ad I,67), JOÃO PINTO RIBEIRO, opúsculo sobre eleições, em *Obras...*, cit. 1729.

(⁴⁷⁹) Social, porque é doutrina corrente que o serviço nos cargos de juiz nobilita (cf. sentenças em M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9 (ad II,33,rubr.) gl. I, c.24, ns. 277/8, 285/6) NICOLAU C. LANDIM, *Nova et scientifica tractatio... I. De syndicatu*, Ulyssipone 1676 (mesmo tendo deixado de exercer); económicos, em virtude das isenções (v.g. de jugada) e réditos indirectos (v.g., as peitas) a que este serviço dava lugar.

(⁴⁸⁰) Reclamações dos povos contra a criação de lugares de juizes de fora: Cortes de 1331, art.º 10; 1352, arts. 7 e 10; 1361, arts. 9 e 11; 1371, art.º 29; 1372, art.º 7; 1391, art.º 5; 1394, art.º 19; 1400, art.º 1; 1427, c. 4 e 5; 1451, c. 4; 1459, c. 7, 8 e 20; 1481, c. 36; e ainda *Ord. Af.* I,25.

c) A ordem jurídica local.

A terceira perspectiva é a do *direito aplicado* pelos juizes populares.

Como já antes se disse, não se está hoje em condições de ter uma imagem exacta do que seria, quantos aos padrões de julgamento, a actividade judicativa dos juizes populares. Algumas indicações, podemos conhecê-las das *Ordenações* e de alguns costumes reduzidos a escrito ainda antes da redacção das *Ordenações*. Segundo estas, sabemos que os juizes deviam observar as “ordenações e leis do reino e as posturas e ordenações do concelho”⁴⁸¹; e, segundo os costumes dos finais do séc. XIV, sabemos que, no caso de lacuna do direito costumeiro local, o juiz devia julgar segundo o bom senso⁴⁸². Embora as *Ordenações* tenham estabelecido outro critério para a integração das lacunas da lei — segundo o qual, na falta de direito nacional (lei, estilo da corte, costume geral ou local), se devia utilizar o direito comum (Glosa de Acúrsio, comentários de Bártolo, opinião comum, direito canónico)⁴⁸³ — o certo é que este novo direito subsidiário não era utilizável por juizes analfabetos ou iletrados. Assim, é de presumir que estes tenham continuado a recorrer, nos casos (excepcionais) em que o direito local não fornecia solução alguma, ao seu sentido de justiça⁴⁸⁴.

(⁴⁸¹) *Ord. Af.* I,26,20; *Ord. Fil.*, I,5,6; nas cortes de 1498, c. 33, fora determinado que, julgando contra as Ordenações, capítulos das cortes ou privilégios pagariam custas em “tresdobro”; cf., em todo o caso as disposições que isentam os juizes ordinários de responsabilidade por julgamento errado, não intervindo dolo (*Ord. Man.* I, 44,71; O.F.,I,65,9); segundo o direito comum, o juiz que julgasse contra a lei cometia o crime de “litem suam facere”, incorrendo em infâmia e no dever de indemnizar as partes; cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...* t.5 (ad I,65,9) gl. 11; J. CABEDO, *Decisiones...*, cit., p. I, d. 39, n. 145; NICOLAU C. LANDIM, *Nova et scientifica tractatio... I. De syndicatu...*, cit., c. XII ss.

(⁴⁸²) Cf., *supra*, 265.

(⁴⁸³) Cf., por todos, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit.

(⁴⁸⁴) É certo que alguma doutrina exige dos juizes (pelo menos em termos deontológicos ou morais) o conhecimento da lei, da opinião comum, dos costumes e do estilo da corte; tal é o caso de NICOLAU COELHO LANDIM, *Nova et scientifica tractatio... I. De syndicatu*, cit., Tr. I, c. XIII, ns. 46-8 (p. 44) que, em caso de julgamento em contrário destas normas, se pronuncia pela *imperitia* do juiz e, consequentemente, pela sua culpa e responsabilidade perante as partes; todavia, o mesmo autor exclui da culpa os juizes (a que chama

Temos, portanto, o seguinte quadro de fontes:

a) costumes locais, reduzidos ou não a escrito, cuja existência e eficácia é atestada, ainda no séc. XVII, pelas próprias Ordenações — que encarregam os vereadores da sua publicação, ponderação, eventual correcção e redução a escrito⁽⁴⁸⁵⁾;

b) “posturas”, tomadas em resultado de deliberação do concelho, normalmente sobre matérias edilícias, agrárias, de polícia, sanitárias; o sentido da palavra é, no entanto, mais geral e, quer a lei, quer a doutrina, apenas põem uma restrição ao objecto das posturas — é o de que elas não podem ser “gerais” — ou seja, que têm que dizer respeito “ao prol e bom regimento da terra”⁽⁴⁸⁶⁾;

c) privilégios locais, concedidos pelo rei ou pelos senhores; direitos adquiridos pelo uso (“estar em posse de”); praxes dos tribunais locais (“estilo local”).

Apesar da reacção da coroa e dos juristas letrados contra o direito local, o direito comum e certas garantias obtidas pelos “povos” em cortes e que tinham passado para as Ordenações não deixavam de proteger minimamente este direito. Por um lado, a doutrina do direito comum acerca das relações entre lei e estatuto era favorável à supremacia do direito local sobre o direito geral, embora fundasse esta supremacia já não na autonomia local, mas na concessão do príncipe. Assim, as Ordenações apenas exigiam, quanto às posturas, que fosse respeitada a *forma* das Ordenações (*Ord. Fil.*, I, 66, 29), só pondo, quanto ao conteúdo, a limitação não “serem prejudiciais ao povo e ao bem comum” (nada

significativamente... pedâneos) ignorantes (*idiota*) das terras que não sejam lugares principais (cf., *ibid.*, n. 46-7).

⁽⁴⁸⁵⁾ *Ord. Af.*, I, 27, 7/8; *Ord. Man.*, I, 46, 7/8; *Ord. Fil.*, I, 66, 28.

⁽⁴⁸⁶⁾ *Ord. Fil.*, I, 66, 28; para a doutrina v. comentário de M. A. PEGAS a este texto.

⁽⁴⁸⁷⁾ Principais sintomas desta reacção contra o direito consuetudinário e local: (a) a sentença de juiz inferior nunca poderia constituir um “estilo” e, logo, fundamentar ulteriores decisões (M. G. SILVA, *Commentaria...*, citando, embora, uma opinião contrária de Altamirano, *ibid.* 28 ss., t. 2 (ad 3, 64), n. 27); (b) há certos títulos que não se podem adquirir por costume, mesmo imemorial (cf., *Ord. Fil.*, II, 45); (c) insistência no princípio de que as posturas só valem com a confirmação, ainda que tácita, do rei e que este pode, portanto, revogá-las (cf. *Ord. Fil.*, I, 66, 28 e comentário de M. A. PEGAS, *maxime*, gl. 30, c. 7, p. 260).

dizendo, portanto, quanto à sua conformidade com a lei). Por outro lado, os “povos” tinham obtido, ainda nas cortes do séc. XV⁽⁴⁸⁸⁾, a garantia de que as posturas não podiam ser revogadas pelos corregedores ou por outros poderosos, norma que transitou para as Ordenações⁽⁴⁸⁹⁾.

Claro que, na sua actividade inspectiva que envolvia a obrigação de instruir os juizes sobre a maneira de julgar os processos⁽⁴⁹⁰⁾ — os corregedores não deixariam de incentivar os juizes a obedecer ao direito da corte (quer nacional, quer romanocomum). E o mesmo incentivo viria da acção supervisora dos tribunais superiores que, em recurso, corrigiam as sentenças dos juizes ordinários segundo o padrão do direito erudito⁽⁴⁹¹⁾. No entanto, este encaminhamento dos juizes para o direito da corte e dos letrados deparava com um obstáculo impossível de superar — a falta de cultura jurídica letrada, ou mesmo o analfabetismo, dos juizes.

Na verdade, nem a doutrina nem as Ordenações, exigem a estes juizes qualquer conhecimento de direito, nem sequer o saber ler e escrever⁽⁴⁹²⁾; é certo que, desde o século XV que o problema do analfabetismo dos juizes é levantado nas cortes, manifestando-se os “povos” a favor da nomeação de juizes que soubessem ler e escrever⁽⁴⁹³⁾. No entanto, a regra durante o séc. XVI e XVII devia ser a contrária. Ao comentar Ordenações, M. A. PEGAS não só se

⁽⁴⁸⁸⁾ Cortes de 1498, art. 11.

⁽⁴⁸⁹⁾ *Ord. Af.* I, 27, 16; *Ord. Man.* I, 46, 9; *Ord. Fil.* I, 66, 28-31.

⁽⁴⁹⁰⁾ *Ord. Man.* I, 39, 32; *Ord. Fil.*, I, 58, 6; significativamente, nem a lei, nem a doutrina (cf., por todos, NICOLAU C. LANDIM, *Nova et científica tractatio... I. De syndicato*, cit., maxime, cap. X-XV), mandam o corregedor inquirir da competência técnica do juiz ou do seu respeito pelas leis.

⁽⁴⁹¹⁾ Como já foi dito, pouco se sabe do estilo das sentenças de primeira instância; a ideia com que se fica, consultando as publicadas por Cunha Franca (v. *supra*), é a de que nelas raramente se invoca expressamente a lei; menos ainda do que nas sentenças dos tribunais superiores.

⁽⁴⁹²⁾ Os eleitores eram, decerto, obrigados a escolher o apto e digno (cf. M. PHAEBE, *Decisiones...*, cit., II, d. 109, n. 24/5); mas o analfabetismo não era considerado uma inabilidade para o desempenho do cargo de juiz (v. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 5 (ad I, 65, 10), gl. 12, n. 5 e opiniões aí citadas). As próprias Ordenações prevêm a hipótese de o juiz não saber ler (*Ord. Fil.*, I, 79, 29). Já quanto aos tabeliães, desde cedo se exigia, um exame inicial de aptidão (sobre isso, H. DA GAMA BARROS, *História...*, VIII, 422 ss.).

⁽⁴⁹³⁾ Cortes de 1434, c. 56; 1481, c. 172; em relação aos corregedores, pedindo que fossem letrados, Cortes de 1427, c. 1; 1490, c. 27.

refere à *rusticitas* e *ignorantia* dos juizes ordinários, como se refere frequentemente ao analfabetismo dos juizes⁴⁹⁴. Em 1642 (13.12), um alvará vem interditar o acesso dos analfabetos às magistraturas ordinárias, considerando precisamente o inconveniente que advinha da ignorância dos juizes à administração da justiça. Mas, ainda que não analfabetos, os juizes ordinários deviam ser, na sua esmagadora maioria, não iniciados no direito erudito, já que os seus magros proventos não tornavam o cargo atractivo para um bacharel em direito⁴⁹⁵.

Este direito aplicado pelos juizes populares era, decerto, um direito conservador ou mesmo arcaizante. Os séculos XIV e XV tinham trazido grandes transformações à vida local⁴⁹⁶; nas zonas mais abertas ao exterior, era a influência do surto mercantil e colonialista; nas zonas agrárias, a recomposição das matrizes sociais provocadas pela introdução de novas formas de detenção e cedência da terra, como a enfiteuse perpetuamente renovável e os morgados. Muitos costumes e posturas deviam aparecer, nos sécs. XVI e XVII como desadaptados; em muitos casos, terão sido corrigidos, nos termos das Ordenações; noutros casos, ter-se-ão encontrado formas espontâneas de os reinterpretar⁴⁹⁷. Mas o estado actual da investigação não permite adiantar muito sobre o assunto.

⁽⁴⁹⁴⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 5 (ad 1,65)g. 1, n. 28; g. 4, n. 5, n. 4. Durante o séc. XVII estava, no entanto, em uso em algumas terras não admitir analfabetos nos officios dos concelhos — é o caso, v.g., de Angra (*Chanc. Fil.* III, l. 1, 15, 265 [1623]) e Pias (*Chanc. Fil.* III, l. 9, 283 [1623]), já, por exemplo, no Sardoal, a Câmara se queixava de se admitirem escusas por analfabetismo para certos cargos (recebedores e tesoureiros) e pede ao rei que se não admitam, pois os que tinham qualidades para exercer esses cargos (por serem abonados) não sabiam ler nem escrever (*Chanc. Fil.* III, l. 16, 231 [1618]). O mesmo se passa em matanças (Viseu) (cf. C.R. 23.5.1653, *J.J.A.S.*).

⁽⁴⁹⁵⁾ Os juizes ordinários não tinham salário. Para certos efeitos fiscaes (v.g., pagamento de meias anatas) a sua "honra" era avaliada numa quantia ínfima em relação aos ordenados dos juizes de fora (entre 1/25 e 1/100) ou mesmo dos escrivães (1/10 ou 1/60).

⁽⁴⁹⁶⁾ V., por último, M. PESEI e J. G. CUADRADO, *Fuero de Úbeda*, Valencia 1979, introdução 220; também J. VALDEON BARUQUE, *Los conflictos sociales en el reino de Castilla en los siglos XIV y XV*, Madrid 1979.

⁽⁴⁹⁷⁾ Testemunho da desactualização no séc. XVII, das posturas quatrocentistas, em GABRIEL PEREIRA, *Documentos históricos da cidade de Évora*, Évora 1885-91, I, doc. 79, p. 127.

d) Juizes, "honoratíores" e letrados.

Uma outra perspectiva completa ainda este quadro esquemático sobre as magistraturas populares — essa é a *situação dos juizes ordinários nas hierarquias sociais locais*.

A literatura quinhentista e seiscentista não nos dá dos juizes ordinários uma imagem muito favorável. Pode, é certo, dizer-se que, dum modo geral, ela não nos dá uma visão muito favorável de qualquer das profissões jurídicas: aos letrados, censura-lhes o pedantismo e o sacrifício da justiça material à observância de praxes e fórmulas, aos escrivães censura-lhes o desrespeito pela vontade das partes (o "ouvir uma coisa e escrever outra") e a corrupção, aos juizes censura-lhes a ignorância e a corrupção⁴⁹⁸. A mais célebre figuração literária de um juiz ordinário é a do "Juiz da Beira" de Gil Vicente (1465-1537): lavrador iletrado e algo bronco, mas abastado (era morgado), eleito juiz pela influência da mulher (a azougada Inês Pereira), Pero Marques julga segundo uma justiça de "cadi", fazendo pouco caso das Ordenações (do que, de resto, era acusado pelo corregedor da comarca). Mais tarde, já nos inícios do séc. XVIII, uma outra figuração literária (esta inédita e de autor desconhecido)⁴⁹⁹ dá-nos um juiz, já letrado, mas praticando igualmente uma justiça de "bom senso", a que não era alheia também uma boa dose de corrupção.

Uma imagem semelhante nos é dada pelas referências que lhes são feitas na legislação, sobretudo na legislação que substituiu as magistraturas populares por juizes régios: dominados pelos poderosos locais e protegendo sistematicamente os seus interesses, julgando segundo a paixão e o ódio, preterindo a justiça (entenda-se o direito régio) nas causas cíveis (as únicas sobre que

⁽⁴⁹⁸⁾ Fontes literárias para a avaliação da imagem social do jurista no séc. XVI português (válida, de certo, para os dois séculos seguintes): GARCIA DE RESENDE, *Cancioneiro Geral* (ed. cit., Lisboa 1973), I, 215/16, 220, 230; GIL VICENTE, especialmente os autos *Auto da Feira*, *Frágoa de Amores*, *Juiz da Beira* e *Auto da Barca do Inferno*; JORGE FERREIRA DE VASCONCELOS, *Comédia eufrosina* (1561).

⁽⁴⁹⁹⁾ *O juiz banana*, entremez incluído numa colecção manuscrita reunida em 1706, B.N.L. Cod. 8.600 F. G. p. 181 ss. Já no nosso século, v. a figura do "Juiz de Barreiras" de Aquilino Ribeiro.

podiam julgar em última instância), analfabetos e iletrados e totalmente dominados pelos escrivães e advogados⁵⁰⁰.

Esta última referência introduz-nos num tema derradeiro: o das relações dos juizes com as outras profissões jurídicas, nomeadamente escrivães (ou tabeliães) e advogados. Mas, para além destes, com os juristas cultos.

Os escrivães deviam desempenhar, na vida jurídica local, um papel muito mais importante do que aquilo que a leitura da historiografia corrente deixa supor. Sabendo ler e escrever e dominando a praxe judicial e a arte notarial, os escrivães e tabeliães terão sido, durante muito tempo, os únicos técnicos de direito escrito e erudito a nível local. Com a expansão do processo de autos, o seu domínio dos juizes e da vida local deve ter-se intensificado⁵⁰¹. A literatura da época dá-os como controlando totalmente os juizes, analfabetos e deles totalmente dependentes para o conhecimento das peças forenses escritas, e fazendo grossos proventos com as peitas das partes. Por outras fontes, sabemos que, de facto, os seus rendimentos — mesmo só os oficiais — eram infinitamente superiores aos dos juizes, constituindo mesmo os mais importantes de todos os funcionários locais⁵⁰².

Ao lado dos escrivães e dos tabeliães, como técnicos locais do direito escrito e erudito, foram aparecendo, progressivamente,

(⁵⁰⁰) Cf. Alvs. 19.11.1631; 13.12.1643; 1.2.1655; 22.11.1775; 23.5.1776; 26.8.1776 (“...sujeitos as paixões da afeição, ou odio; mais ainda rusticos; que apenas sabem pôr o seu nome, e por isso dirigidos pelos Advogados, Escrivães, e outros officiaes de justiça... coadunados com Seculares, & Ecclesiasticos poderosos...”); 7.2.1782; 21.4.1795; 7.5.1801.

(⁵⁰¹) Sobre a importância dos tabeliães como divulgadores do direito erudito no ambiente jurídico local, por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., 120 ss.; sobre o “processo de autos”, *ibid.*, 28, 94, 184.

(⁵⁰²) Sobre os funcionários inferiores de justiça, nomeadamente os escrivães, da bibliografia estrangeira: FILEMÓN ARRIBAS ARRANZ, *Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo XV*, “Centenario de la ley del notariado”. Sección primera. Estudios históricos, Madrid 1964; J. MARTINEZ GJON, *Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la edad moderna*, I, 263-340; F. ELSENER, *Notare und Stadtschreiber. Zur Geschichte der schweizerischen Notariats*, Köln-Opladen 1962; e, sobretudo, J. COCKBURN, *Seventeenth-century clerks of assizes — some anonymous members of the legal profession*, “American journal of legal history” 13(1969) 315 ss.

os advogados ou procuradores. Instituição muito antiga⁵⁰³, só no séc. XVII o advogado passa a ser, por regra, um técnico de direito formado nas escolas. Nesta qualidade, é natural que o seu ascendente sobre os juizes fosse grande; alguma doutrina filia mesmo a dignidade do cargo de advogado no facto de o seu officio ser o de corrigir a ineptidão dos juizes ignorantes⁵⁰⁴.

É certo que os juizes não estavam totalmente dependentes de escrivães, tabeliães e advogados quer para ler os autos, quer para se informar do direito escrito e erudito aplicável. Eles podiam, na verdade, recorrer a assessores, ou seja, a técnicos privados de direito, escolhidos livremente pelo juiz. Embora a teologia moral (de onde provinha aquilo a que hoje se chama a deontologia profissional) e o próprio direito os obrigasse a recorrer a assessores, não é provável que isto acontecesse o mais das vezes, pois não só os juizes teriam que arcar com as despesas da consulta, como as partes não podiam obrigar o juiz a adoptar essa medida. De resto, se a confiança das populações nos juizes ordinários não era grande, era ainda menor a sua confiança nos juristas letrados⁵⁰⁵, tanto mais quando estes fossem advogados locais, como deveria acontecer por regra.

Nesta situação, o prestígio social dos cargos de juiz não poderia ser muito grande. Temos provas indirectas desse facto: por um lado, a tendência para a fuga aos cargos judiciais (e concelhios em geral) invocando privilégios de não servir nas justiças; depois, o baixo valor em que era estimada, v.g. para efeito de pagamento de meias anatas, a honra dos juizes. Os únicos atractivos do cargo — para além do poder político que ele atribuiria a nível local — seriam, por um lado, as benesses ilegais que ele poderia proporcionar numa administração judiciária que

(⁵⁰³) Sobre a história da advocacia em Portugal v., por todos, LUÍS DA SILVA RIBEIRO, *A profissão de advogado*, Lisboa 1925. Para o séc. XVIII, JERÓNIMO DA SILVA ARAÚJO, *Perfectus advocatus*, 1743 (trad. port. em “Bol. Min. Just.”, Ano 1969).

(⁵⁰⁴) M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., 4 (ad 1.48) gl. 1, n. 9.

(⁵⁰⁵) Sobre o assessor, com referências à situação portuguesa, cf. A. C. AMARAL, *Liber utilissimus...*, cit., v. “assessor” (escolhido e pago pelo juiz, podendo, em Portugal, ser advogado, embora não o da causa; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 5 (ad 1.65) gl. 12, n. 5, 6 e 7). Já no séc. XIX, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO). (*Notas a Melo*, I, ad. t. II, § 11, n. 11) opina que a sentença do juiz ordinário despachada sem recurso a assessor é nula, solução prevista no *Código da Sardenha* (3, 13, §§ 13 e 14) e no *ABGB* (§ 445).

as fontes nos descrevem como dominada pela corrupção; por outro, a ideia, corrente na doutrina, de que os ofícios concelhios, e sobretudo os ofícios de juiz, nobilitavam⁵⁰⁶.

Mais interessante ainda é, porém, a questão das relações dos juizes ordinários com o ambiente dos juristas cultos, formados na tradição escolar do direito comum, julgando pelos padrões do direito legais ou doutrinários, utilizando como ponto constante de referência a problemática e as soluções de uma literatura técnica internacional.

Não podemos hoje saber muito da atitude dos juizes ordinários perante os juristas de carreira. É de supor a atitude de aberta resistência ao direito culto e ao jurista letrado que terá caracterizado a primeira fase da recepção do direito comum⁵⁰⁷ terá sido substituída por uma atitude de animosidade latente⁵⁰⁸ e, progressivamente, de impotente admiração por um saber jurídico que dominava a corte e os tribunais superiores; admiração que explicará aquela docilidade dos juizes ordinários perante os representantes locais da *intelligentsia* jurídica a que se referem algumas fontes tardias (cf. nota 500).

Quanto à atitude dos juristas eruditos em relação ao mundo jurídico local e aos juristas leigos, o seu primeiro traço é, como já vimos, o silêncio. Silêncio que não representa tanto um desconhecimento, como uma recusa de conhecimento. O mundo jurídico local estava tão fora do universo intelectual dos juristas letrados como a língua vernácula estava fora do seu universo linguístico. A própria linguagem dos juristas cultos era incapaz de dar conta desta realidade sem a transplantar para as fórmulas latinas (*judex ordinarius*, *pedaneus*, *vintanarius*); e esta transplantação bastava para imediatamente integrar a realidade local portuguesa num contexto institucional que lhe era estranho; a partir daqui, esta realidade recebia novas conotações, tornava-se passível de novas referências, recebia um novo enquadramento dogmático e normativo; tornava-se, enfim, familiar à literatura

⁽⁵⁰⁶⁾ V., *supra*, n. 479.

⁽⁵⁰⁷⁾ V. a muito citada polémica entre o conservador (não letrado) da Universidade de Coimbra e os estudantes (letrados) sobre a invocabilidade em tribunal do direito erudito, v.g., em N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, cit...

⁽⁵⁰⁸⁾ Semelhante à que as fontes literárias documentam em relação aos juristas cultos.

jurídica e, com isto, a realidade incómoda de um mundo jurídico alternativo podia ser comodamente absorvida. Todos, a partir daqui, poderão falar, por exemplo, das qualidades do *judex*, enumerando entre elas a *scientia legalis*, a *peritia litteraria*. O carácter abstracto e intemporal das fórmulas latinas, bem como o carácter supra-regional das referências doutrinárias justificativas (Bártolo, Baldo, Fulgosius, etc.), dá ao discurso uma validade apenas formal, incontaminável pelas circunstâncias concretas da vida jurídica num certo país ou numa certa região. É evidente que o que se dizia das qualidades do juiz (de certas, pelo menos) não tinha nada a ver com a situação da esmagadora maioria dos juizes concretos neste país concreto. Mas o referente desta literatura culta também não era constituído por estes juizes concretos deste país concreto, mas apenas por uma sua tradição-traição literária.

A dúvida que pode surgir é a de saber como é que este discurso fantasmagórico sobre os juizes se podia manter sem que os próprios factos o desmentissem. Ou, concretizando mais: tendo este discurso certas consequências normativas — i.é., estabelecendo certas normas, cuja violação implicava certas penalidades, sobre o comportamento dos juizes — como é que o irrealismo do discurso e das normas nele contidas era suportado na prática. Por exemplo, estabelecendo a doutrina que o juiz devia conhecer a lei, as opiniões, o costume e o estilo da corte, sob pena de, julgando contra estas normas, incorrer no crime de *litem suam facere* e ficar obrigado a indemnizar as partes⁵⁰⁹, como era possível evitar que todos (ou quase todos) os juizes ordinários incorressem nestas consequências? A solução estava em que o próprio discurso tinha válvulas para esvaziar as tensões insuportáveis entre a teoria e a realidade. E, no particular exemplo antes referido, a válvula era a de não aplicar a regra senão “nos lugares mais notáveis do Reino”⁵¹⁰. A regra valia, portanto, em geral; só que esse geral era, estatisticamente, o excepcional.

⁽⁵⁰⁹⁾ Cf., por todos, NICOLAU C. LANDIM, *Nova et scientifica tractatio... I. De syndicatorum...*, cit., c. XIII.

⁽⁵¹⁰⁾ LANDIM, *ibid.*, n. 37.

5.6. As finanças dos concelhos.

Ao lado da sua autonomia administrativa, os concelhos possuíam ainda autonomia financeira, o que correspondia a cobrarem eles próprios as receitas com que custeavam as suas despesas.

No capítulo das receitas, as principais eram constituídas pelo *rendimento dos bens próprios do concelho* — quer de prédios urbanos arrendados ou emprazadas, quer de prédios rústicos situados no termo e arrendados a caseiros ou dados em sesmaria (foros, “rendas do verde”, etc.); pelos *direitos cobrados pela utilização dos bens comuns do concelho* — pastos comuns, florestas, e respectivos direitos de pastagem (montadigo); pelo produto das *multas (coimas) pela violação das posturas*; pelos *rendimentos da almotaçaria* (por vezes arrendados); pelos rendimentos provindos da aplicação da justiça (*penas pecuniárias*); pelas rendas cobradas pela aferição dos pesos e medidas (renda do “a ver do peso”, por vezes arrendadas); pelas rendas das fangagens, portagens e outros *tributos concelhios* (do qual destaca agora o *terrádigo*, cobrado aquando da venda de chãos para edificar). A estas se somavam as receitas eventuais das dádivas e legados e ainda as provenientes da venda ou arrendamento de ofícios municipais ou de terrenos concelhios, expedientes a que os concelhos recorriam em situações de apuro financeiro⁽⁵¹¹⁾.

Quando estes rendimentos eram insuficientes, o rei podia autorizar os concelhos a lançar contribuições forçadas, repartidas entre todos os vizinhos (*fintas* ou *talhas*), o que acontecia sobretudo para a cobertura das despesas extraordinárias (obras em pontes, estradas, muralhas, encanamento de rios, etc.; envio de procuradores a cortes; festas ou cerimónias públicas; comparticipação em despesas gerais do reino).

No capítulo das despesas, as principais eram: a *têrça de obras* (ou, simplesmente, “têrça”) entregue ao tesouro real para comparticipação em obras — muitas vezes, o rei prescindia da sua

⁽⁵¹¹⁾ Um exemplo entre muitos: em 1528, o concelho de Coimbra vende um lugar de almotacé por uma vida (cf. JOSÉ PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã...*, cit., 52). Outras vezes, a venda ou arrendamento dos ofícios era a forma de transformar rendas variáveis em rendas fixas e ultrapassar os problemas da sua cobrança.

cobrança a favor de despesas extraordinárias do concelho; o “jantar” ou “colecta” do senhor da terra; o pagamento dos funcionários concelhios, e ainda o de outros profissionais de interesse público (boticário, físico, mestre-escola, ou mesmo artífices) quando isso fosse necessário para a sua fixação na terra; o pagamento dos juizes de fora, na parte que não fosse coberta pelo tesouro real; as despesas com a aposentadoria dos funcionários régios; o sustento dos engeitados até à idade em que pudessem trabalhar (normalmente, sete anos, idade em que o juiz dos órfãos lhes devia arranjar soldada), dos pobres e dos doentes⁽⁵¹²⁾; as despesas com festas, procissões, celebração do nascimento, casamento ou morte dos soberanos, autos de fé, etc.; as despesas com deslocações de procuradores à corte, com correios, as contribuições para as despesas gerais do reino (“pedidos” do rei), etc.; finalmente, outras despesas miúdas com a manutenção da máquina administrativa concelhia.

O conjunto das despesas e receitas constituía o orçamento concelhio, a partir de certa altura apresentado anualmente à verificação do corregedor, mais tarde ao provedor da comarca⁽⁵¹³⁾.

⁽⁵¹²⁾ Normalmente estas despesas tinham receitas consignadas: em Lisboa, v.g., as rendas da herdade concelhia do Alqueidão, em Coimbra parte dos direitos sobre a venda do peixe.

⁽⁵¹³⁾ Sobre as atribuições dos provedores das comarcas relativas às finanças concelhias, cf. *Ord. Fil. I*, 62.

Para que se faça uma ideia da importância relativa das várias receitas e despesas municipais, reproduzem-se as rubricas principais orçamento de um concelho no séc. XVI (Coimbra, 1565; cf. A. DA ROCHA BRITO, *As finanças quinhentistas do município coimbrão*, cit., 227):

Receitas		Despesas	
Rendas do verde.....	52\$255	Terça.....	-\$-
Almotacaria.....	120\$000	Vencimentos.....	44\$280
Imposto s/carnes e peixes.....	77\$000	Despesas correntes da Câmara.....	218\$884
Verificação de medi-das.....	26\$610	Aposentadorias.....	-\$-
Rendas de terras.....	38\$483	Festas religiosas.....	46\$103
Multas, terrádigos, alugueres.....	27\$640	Engeitados.....	51\$660
		Saldo final.....	\$490

6. Os senhorios.

6.1. Evolução a partir do século XIV.

Já antes (*supra*, 154 ss.) se viu que as providências reais visando o acertamento da jurisdição dos senhores se iniciam pela edição de normas estabelecendo, de forma tabelada, a jurisdição correspondente aos senhorios para os quais não houvesse carta régia de concessão. Referimo-nos à já citada legislação de D. Afonso IV de 1343 (*Ord. Af.*, III, 50) sobre a jurisdição das honras, na qual se deixa aos senhores ou apenas a jurisdição relativa a certas coimas ou, quando muito (lembramos, quando se provasse haver juiz senhorial na honra), a jurisdição cível.

Nos restantes senhorios (bem como naquelas honras onde, por título, os senhores demonstrassem ter outra jurisdição), os senhores continuavam a usar dos poderes que lhes tivessem sido conferidos pelo título (nomeadamente, pela doação régia).

Os passos seguintes neste processo de acertamento foram dados nos finais do séc. XIV, durante o reinado de D. Fernando.

A política de D. Fernando quanto à alheação de jurisdições constitui um exemplo das contradições que se podem gerar entre as inclinações de um personagem individual e as condições objectivas em que ele actua. Na verdade, apesar de tantas vezes referida fraqueza de ânimo de D. Fernando⁵¹⁴, é no seu reinado que se estabelecem na lei (na prática, as coisas são substancialmente diferentes) princípios relativos à jurisdição e à sua doação que irão servir de suporte a uma política de afirmação do poder da corôa até aos finais do antigo regime.

Na génese desta política legislativa terão estado, por um lado, as exigências dos concelhos, prejudicados na sua autonomia e nas suas rendas, pelas doações aos senhores de terras do seu termo⁵¹⁵; e, por outro, um aprofundamento da influência dos princípios romanistas acerca da superioridade do rei e do carácter real das jurisdições.

As duas peças mais importantes desta política foram as leis de 1372, elaborada na sequência das reclamações dos povos nas

⁽⁵¹⁴⁾ Cf. H. GAMA BARROS, *História...*, II, 423 ss.

⁽⁵¹⁵⁾ Sobre as reacções dos concelhos perante as doações das terras do termo, que levavam à isenção dos moradores dos lugares doados em relação aos encargos do concelho (fintas, anúduva, cargos administrativos) v. H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 468 ss.

cortes de Leiria e do Porto⁵¹⁶ e a lei de 13.9.1375, transcrita depois nas *Ordenações Afonsinas* e confirmada pelos seus sucessores.

As linhas de fundo da política consubstanciada nestas duas leis são: (i) reserva para o rei do direito de correição, arma fundamental no controle da actividade política dos senhores; (ii) afirmação do princípio do carácter exclusivamente real do tabelionato, como forma de controlar, de alguma forma, a “memória dos actos jurídicos” que os tabeliães constituíam⁵¹⁷; (iii) restringir, quanto possível (e, num dos casos, de forma irrealista) a jurisdição dos donatários, pelo menos no domínio criminal; (iv) salvaguardar os interesses e a autonomia dos concelhos perante os senhores das terras.

Na lei de 1372, destinada sobretudo a satisfazer reclamações dos concelhos, estabelece-se, em primeiro lugar, que as doações feitas aos nobres não incluíam senão a jurisdição cível, ficando a jurisdição criminal nos juizes das terras; mas, mesmo no domínio da jurisdição cível, os nobres só a terão por apelação, não podendo julgar pessoalmente as causas, e devendo, por outro lado, dar apelação das suas sentenças para o tribunal da corte. Em segundo lugar, determina-se que a correição fica sempre reservada ao rei. Em terceiro lugar, assegura-se a autonomia dos concelhos, quer quanto à eleição das justiças (embora o juiz do cível devesse ser confirmado pelo donatário), quer quanto ao governo local. Finalmente, declara-se que a doação das terras ou de lugares dos seus termos não exime os moradores de contribuirem para os encargos dos concelhos⁵¹⁸. Das disposições da lei apenas eram exceptuados os infantes, irmãos do rei.

⁽⁵¹⁶⁾ H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 468 ss.

⁽⁵¹⁷⁾ Com o incremento da prova documental, verificado a partir do séc. XIII, os livros dos tabeliães constituíam o arquivo jurídico da comunidade, do qual o rei não podia desinteressar-se. E, na realidade, os nossos reis legislaram abundantemente sobre o tabelionato. V. H. DA GAMA BARROS, *História...*, VIII, 355 ss.; JOSÉ MARIA ADRIÃO, *Ensaio de bibliografia crítica do notariado português*, Lisboa 1924; e, por último, F. BANDEIRA FERREIRA, *Le notariat portugais. I. Génèse et bref aperçu historique du notariat*, “Archivium” (Paris) 12 (1962) 21-30.

⁽⁵¹⁸⁾ Sobre esta lei — transcrita por J. P. RIBEIRO, *Memória sobre as inquirições...*, cit., doc. 48, p. 133 — v. H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 469 ss.

Se a lei de 1372 terá sido motivada pelas queixas dos concelhos em cortes, já a lei de 13 de Setembro de 1375 constitui uma peça claramente inspirada em princípios doutrinários acerca do carácter real da jurisdição. Este pendor letrado, patente nas longas justificações teóricas que a entremeiam (sobre a natureza hierarquizada da sociedade, sobre o carácter real da jurisdição), terá sido o factor responsável por um seu acentuado irrealismo, nomeadamente no que respeita à revogação de todas as doações de jurisdições.

O grande princípio aqui afirmado — que, valha a verdade, pouco valor prático acabou por ter, quer em vida deste rei, quer nas dos seus sucessores — é precisamente o da inalienabilidade das jurisdições⁵¹⁸, sujeito embora a três excepções: por um lado, não valia para certos “grandes” do reino, expressamente enumerados⁵¹⁹; por outro, não se applicava a jurisdições obtidas do rei a título oneroso; e, por fim, salvaguardava jurisdições que tivessem sido reconhecidas ao tempo do edito geral de 1325 (de D. Afonso IV). A justificação do princípio era a de que “de razom, e Direito Natural, e Civil paresse sem duvida, que a jurdiçom, per que mais reconhecidos sam, e demonstrados, o Poderio, e Alteza do nosso Principado, que per Deos, e por Ley Divina, e humanal he cometida aos Reyx em sinal de maior, e mais alto Senhorio, nom deve ser dado a outro, nem outro deve husar della no nosso Senhorio, nem nos nossos Regnos, senom nós, ou aquelles, a que nós mandarmos por nós, e em nosso nome, ou a quem nós dermos lugar, e poder por honrado estado, que tem de condiçom mais nobre, e mais alta a sob nós...”⁵²⁰.

Para o caso destes “grandes”, assim exceptuados e a quem tinham sido feitas doações de jurisdição com mero e misto

(⁵¹⁸) “E queremos, e mandamos, e defendemos, que nenhuã outro, de qualquer estado, e condiçom que seja... nom hajão nenhuã jurdiçom temporal, ou sagral, criminal, nem civil, em nenhuo lugar, nem sobre quaesquer pessoas dos nossos Regnos per nenhuã maneira, posto que lhes per nós, ou per nossos antecessores fosse, ou seja outorgado sob título de graça, nem privilegio, nem per outra qualquer maneira, ou figura” (*Ord. Af.*, II, 63,9).

(⁵¹⁹) A rainha, os irmãos do rei, os condes almirante e alferes-mor, o mosteiro de Alcobaça e os mestres das ordens militares; curiosa, a omissão do Arcebispo de Braga, que dispunha de doações exuberantes. (*Ord. Af.*, II, 63, 4 e 9) e F. CALDAS PEREIRA, *Consilia...*, cit., cons. 28.

(⁵²⁰) *Ord. Af.*, II, 63, 9.

império (⁵²¹), autorizava-se-lhes o exercício da jurisdição civil e criminal, mas apenas sob forma de “jurisdição intermédia” (como se dirá mais tarde); ou seja, os senhores, por um lado, só poderiam julgar por si ou pelos seus ouvidores as causas que a eles viessem por apelação — ficando-lhes, portanto, vedado substituir-se aos juizes das terras, julgando em primeira instância ou avocando a si as causas (⁵²²); e, por outro lado, das suas sentenças haveria sempre apelação para o tribunal da corte. No entanto, já se lhes proibia o exercício de outros actos intimamente ligados ao arbítrio régio (nomeadamente, à sua faculdade de — como *lex animata* — dispensar a lei), à passagem de cartas de segurança (ou salvo condutos) e de cartas de perdão; ao julgamento de questões relativas a direitos reais ou em que fossem parte vassallos acontiadados, etc.

Inalienável era também — como já para a lei de 1372 — a correição (§ 11 e § 12).

Um passo mais terá sido dado no testamento de D. Fernando de 22 de Outubro de 1383, onde — reafirmando as leis de 1372 e 1375 — se terão revogado todas as doações de correição que tivessem sido feitas aos senhores, mesmo àqueles exceptuados na lei de 1375 (⁵²³).

Nem a prática de D. Fernando, nem a prática dos reis que se lhe seguiram — nomeadamente, D. João I e D. Afonso V (⁵²⁴) — respeitaram as irrealistas disposições da lei de 1375 quanto à inalienabilidade das jurisdições. E assim é que as *Ordenações Afonsinas* (II, 40) tomam, a este propósito, uma posição muito mais moderada: nas doações feitas aos senhores, respeitar-se-á o teor das doações, ressaltando sempre para o rei o direito de correição, que assim permanece — juntamente com a passagem de cartas de segurança e dos perdões e com outros actos supremos de graça — como uma prerrogativa inseparável da pessoa do rei (⁵²⁵).

(⁵²¹) Sobre estes conceitos, v. *supra* 111 n. 114.

(⁵²²) A razão da proibição de avocar causas era, decerto, a de não violar os direitos dos concelhos de terem justiças próprias.

(⁵²³) Cf. *Ord. Man.*, II, 26,15; *Ord. Fil.*, II, 45,10.

(⁵²⁴) Sobre a política destes reis relativa às doações v. H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 482 ss. e MARCELLO CAETANO, *História...*, 511 ss.

(⁵²⁵) Mantem-se neste passo das *Ord. Af.* (cuja elaboração datará, segundo Fortunato de Almeida, da regência de D. Pedro) a excepção para a

Nesta panóplia de medidas legislativas do trânsito do século XIV para o século XV, resta referir a *Lei Mental*, cuja aplicação se iniciou no reinado de D. João I, mas cuja promulgação se verificou no reinado de D. Duarte⁵²⁶.

Basicamente, a “lei mental” estabelecia alguns princípios na doação dos bens da corôa⁵²⁷, todos eles fundados na ideia de que

rainha e os infantes, isentos de correição e apelando para juízes próprios no tribunal da corte.

⁽⁵²⁶⁾ Sobre a lei mental, além do art.º do “Dic. hist. de Port.” (A. H. OLIVEIRA MARQUES) e bibliografia aí citada, cf., por último, MARCELLO CAETANO, *História...*, 513 ss. A Lei Mental, com as declarações e interpretações a que foi sujeita, pode ler-se em *Ord. Man.* II, 17, donde passou, pouco modificada, para as seguintes (*Ord. Fil.*, II, 35). Comentários à lei mental, para o período da praxística (muito úteis para a sua interpretação): MANUEL ÁLVARES PEGAS (incl. nos tomos 10 e 11 dos seus *Commentaria...*) e LUÍS PEREIRA DE CASTRO (*De lege mentali*, referido por Barbosa Machado).

⁽⁵²⁷⁾ A questão da definição de bens da corôa suscita nos autores a complicadíssima questão da classificação do património régio. Complicadíssima, não só porque nela confluem tópicos doutrinários de proveniência diversa (romano clássicos, romano tardios e justinianeus, visigóticos — v.g., os princípios contidos no *titulus primus* da *Vulgata* do Código Visigótico —, medievais), mas também porque as classificações variavam consoante o seu objectivo dogmático (v.g., definição dos “bens da corôa” nos termos da “lei mental”, definição dos bens e direitos inalienáveis da corôa [cf., v.g., a classificação dada por DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, *De donationibus...*, cit., p. 2, c. 1, n. 15], definição dos direitos prescritíveis [cf., v.g., a classificação de M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, p. 308; J. CABEDO, *Decisiones...*, cit., p. 2, c. 42, n. 4]). Na perspectiva da lei mental, os autores distinguem, normalmente, o *património privado* do príncipe, constituído por aqueles bens que ele possuía antes de ser rei e o *património público* ou da corôa, neste se distinguindo o *património fiscal*, que compreende os reguengos, as sesmarias, os bens dos confiscados e, em geral, todos os bens não (ou ainda não) incorporados expressamente na corôa do reino, e o *património da corôa do reino*, constituído, por um lado, pelos direitos reais (enumerados, v.g., em *Ord. Af.* II, 24, *Ord. Man.* II, 15, *Reg. Faz.* cap. 127 e *Ord. Fil.*, II, 26) e pelos tributos (bens da corôa do reino “por natureza”) e, por outro, pelos bens expressamente incorporados na corôa através do seu registo nos livros dos próprios da corôa do Arquivo Régio (formalidades em M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 10, p. 16, n.8). Esta classificação, que é a de Pegas (*Commentaria...*, t. 10, p. 13, n.1; t. 11, p.2) é por outros autores simplificada a duas categorias, a de bens *privados*, que lhe competem *ratione personae*, e bens *públicos* ou da *república*, que lhe competem *tanquam defensor reipublicae* (D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, p. 3, c. 43), incluindo nos primeiros as duas categorias iniciais de Pegas. Seja como for, todos os autores estão cientes do carácter artificial destas distinções, herdadas sobretudo dos modelos romanos, mas sem correspondência na estrutura política feudal, caracterizada precisa-

os bens doados não perdem a natureza de bens *da corôa*, daí decorrendo, por um lado, limitações na capacidade dos donatários quanto à sua alienação *inter-vivos* e quanto à liberdade de disposição *mortis causa* e, por outro, a sua reversão à corôa no caso de não haver sucessores válidos:

(i) o da *primogenitura* e *masculinidade*, segundo o qual a sucessão se deferia, obrigatoriamente, por linha masculina, ao filho mais velho do donatário; o que implicava a sua indivisibilidade por morte entre os filhos do anterior titular, contra o que era regra na sucessão dos feudos⁵²⁸; com o que se pretendia manter os bens unidos na perspectiva do interesse na conservação das famílias e, também, dum seu eventual regresso à corôa;

(ii) o princípio da sua *inalienabilidade*, segundo o qual o donatário não os podia alienar por negócio *inter-vivos*⁵²⁹;

mente pela indistinção entre as esferas do público e do privado; assim, tanto Portugal como Pegas afirmam que “hoje a distinção não releva, pois todos os bens do rei, quer públicos quer privados, gozam do mesmo regime” (D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, t. 2, p. 3, c. 43, n. 1) ou que “esta distinção entre património público e privado do príncipe não tem qualquer importância no foro” (M. A. PEGAS, *Commentaria*, t. 10, p. 13, n. 2). Ainda na época iluminista, quando a distinção “público-privado” já renascia, a distinção é tida por dispicienda (MELO FREIRE, *Institutiones*, I, 36). Para efeitos da lei mental, a questão acabava por se resolver através duma enumeração e não destas tortuosas distinções conceituais. Assim — e seguindo a enumeração de M. A. PEGAS (*Commentaria...*, t. 10, *loc. cit.*, ns. 5 ss.) — são bens da corôa: as cidades, lugares e castelos; os montes maninhos; as lezírias; os direitos reais enumerados nas *Ordenações*; as pensões e rendas concedidas em juro e herdade; o padroado régio; as jurisdições; a décima das ilhas; as capelas da corôa quando objecto de incorporação; os reguengos quando objecto de incorporação. Em contrapartida, não são bens da corôa, não estando portanto a sua concessão sujeita à lei mental (deferindo-se, antes, pelas regras da simples doação ou pelas dos contratos de concessão — enfiteuse, arrendamento, etc.): os reguengos não incorporados nos próprios da corôa, as sesmarias, os baldios e pastos comuns. No caso de dúvida, o ónus da prova pertence ao procurador da corôa, pois a presunção é a de que os bens são patrimoniais do rei (*favor libertatis*), salvo no caso de bens da corôa por natureza.

⁽⁵²⁸⁾ Cf. *Libri feudorum*, I,8 (*de successione feudi*). Sobre as regras de sucessão dos feudos, com as distinções a esse propósito existentes (nomeadamente, entre feudos divisíveis e indivisíveis, ou *per modum majoratus*), A. VALASCO, *Quaestiones iuris emphyteutici*, cit., p. 155; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 11, p. 59 e p. 105 n. 3.

⁽⁵²⁹⁾ Entendia a doutrina que esta disposição (n.3) proibia qualquer negócio pelo qual se transferisse o domínio (cf. a casuística dos ns. 15 a 18 da própria lei).

(iii) e o do seu *carácter não feudal*⁵³⁰, com o que se queria obter dois resultados práticos: por um lado, afastar as normas de direito feudal, já referidas, relativas à partilha sucessória e, por outro, desonerar os donatários dos encargos militares feudais, conforme expressamente se refere no texto da lei (“e esto nom sera por ser obrigado a servir com certas lanças, como por feudo, porque queremos que nom sejam avidas por terras feudais, nem ajam natura de feudo, mas sera obrigado a nos servir, quando lho nós mandarmos” *Ord. Man.*, II, 17,2 *in fine*”).

A ênfase posta nesta declaração do carácter não feudal dos bens da corôa explica-se, porventura, pelo desejo de afastar reacções dos senhores provocadas pelo receio de lhes serem aplicadas as disposições do direito feudal sobre o carácter obrigatório e gratuito do serviço militar⁵³¹. Outras distinções entre o regime dos bens da corôa e o dos feudos eram: (i) as concessões feudais eram perpétuas, ao passo que as de bens da corôa podiam ser por tempo certo ou em vidas; (ii) o feudo obrigava à promessa de fidelidade e a juramento, ao passo que, quanto aos bens da corôa, isto só se verificava na doação de castelos; (iii) a instituição do feudo estava dependente da cerimónia da investidura, enquanto que a de bens da corôa apenas dependia da concessão da carta; (iv) os feudos dividiam-se, ordinariamente, pelos filhos masculinos, ao passo que os bens da corôa eram indivisíveis. Quando a prestação de serviço militar pelos senhores perdeu sentido, com a constituição dos exércitos profissionais, a questão da natureza feudal ou não dos bens da corôa passa a travar-se, sobretudo, no plano académico⁵³². Apesar da natureza não feudal dos bens da corôa, afirmada expressamente nas Ordenações, os

⁽⁵³⁰⁾ Cf. *Ord. Man.*, II,17,2.

⁽⁵³¹⁾ Sobre o confronto entre as obrigações militares dos vassallos feudais e dos vassallos senhoriais (ou jurisdicionais) cf. J. CABEDO, *Decisiones...*, p. 2, d. 44. Os primeiros seriam obrigados a ir à guerra a expensas suas, enquanto que os segundos estariam isentos desta obrigação (a não ser em casos excepcionais). Destes últimos, apenas tinham obrigações militares gratuitas para com o rei os que deste tivessem bens da corôa em domínio útil, ficando o domínio directo para o rei (n. 4). Daí o interesse da questão de saber se os donatários de bens da corôa eram senhorios directos (como afirma a doutrina dominante, cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. II, p. 106, n. 8) ou apenas detentores do domínio útil. De qualquer modo, Cabedo conclui que o serviço militar era um serviço público sempre devido ao rei, nos termos da Ordenação (cf. *Ord. Fil.*, II,26,5 e 6, preceito que já vem das anteriores).

⁽⁵³²⁾ V., em todo o caso, o ardor com que M. A. PEGAS (*Commentaria...*, t. II, p. 108, n. 4) polemiza com Jacob de Sá, que defendera o contrário no seu *Tractatus de primogeniis*.

autores entendiam que, sendo a sua concessão uma concessão senhorial (*dominica*), o direito que lhes devia ser supletivamente aplicado era o direito feudal comum, contido nos *Libri feudorum* e seus comentadores⁵³³.

O âmbito de aplicação da lei mental não abrangia, porém, zonas extensas da liberalidade régia.

Desde logo — como aliás a própria lei previa (*Ord. Man.*, II,17,23) — o rei podia dispensar a sua aplicação. Mas, para além disso, não estavam sujeitas à lei mental: (i) as concessões de bens fiscais da corôa (nomeadamente de reguengos ou de sesmarias), as concessões em enfiteuse de quaisquer bens da corôa (mesmo de bens da corôa em sentido estrito, embora esta hipótese não fosse comum), ou as suas concessões para fins não nobres (isto é, para povoamento ou cultivo, *ad habitandum* ou *ad excolendum*)⁵³⁴; (ii) as doações de bens das ordens militares⁵³⁵; (iii) as doações feitas à Igreja, pois os bens da corôa perdiam então a sua natureza e tornavam-se bens eclesiásticos, amortizando-se no donatário⁵³⁶. Alguns autores defendiam mesmo a opinião — que poderia tirar todo o alcance prático à lei — de que não estavam sujeitas à lei mental as doações remuneratórias de serviços; mas esta opinião nunca se tornou dominante⁵³⁷.

⁽⁵³³⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. II, p. 109, n. 9. Para o confronto entre o regime senhorial português e o do centro-ocidente europeu, A. SILBERT, *Le Portugal...*, cit.; para uma descrição do regime feudal em França na baixa idade média e época moderna, PIERRE VILLARD, *Les justices seigneuriales dans la Marche*, Paris 1969; para Espanha, ALFONSO M. GUILARTE, *El régimen senorial...*, cit.

⁽⁵³⁴⁾ *Ord. Man.*, II,17,6; para a interpretação, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit. t. 10, p., c. 39 (*maxime*, p. 317 n. 54).

⁽⁵³⁵⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 10, p. 333, n. 34.

⁽⁵³⁶⁾ As doações de bens da corôa feitas à igreja tinham importantes especialidades: uma delas era esta de não estarem sujeitas à lei mental (e a confirmação M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, p. 132, n. 9); daí que se não encontre registo dessas doações nas confirmações gerais ou nas listas de donatários da corôa. Outra era a de não poderem ser impugnadas por excessivas ou por lesivas, não estando assim sujeitas às restrições que a doutrina fazia às doações régias (cf., para este último ponto M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 10, c. 35 (p. 258 ss.)).

⁽⁵³⁷⁾ Cf. a discussão em M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 10, p. 402, n. 5; este autor não adere à posição mais radical, restringindo a doutrina ao caso de doação feita a não súbdito, pois os serviços do súbdito eram devidos e, logo, as doações não seriam remuneratórias.

EMMANVELIS
ALVAREZ PEGAS
I. C. LVSITANI,

ET IN REGIO SUPPLICATIONIS SENATU CAUSARUM
Patroni, Sanctæ Bullæ Cruciatæ Promotoris, Mitre Archiepiscopalis Brachia-
rensis, ac Ulyssiponenſis Procuratoris, necnon Lamacenſis Advocati, & Fiſ-
calis Capellæ Regiæ, Eccleſiarumque Patronatus Regij,

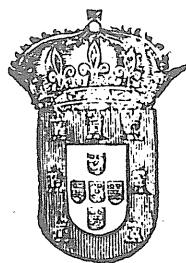
COMMENTARIA
A D
ORDINATIONES
REGNI PORTUGALLIÆ:

SEU

TRACTATVS
DE LEGE MENTALI REGNI PORTUGALLIÆ,
bonorumque Coronæ, Donationibus, Dispositione, Acquisitione;
Successione, Possessione, Dispensatione, Prescriptione,
Amiſſione, & Devolutione,

Ac de Regum Principumque donationibus.

TOMVS DECIMVS.



VLYSSIPONE.

Ex Typographia MICHAELIS DESLANDES,
Serenissimi Regis Typographi.

Sumptibus ANTONIJ LEYTE PEREYRA.
M. DC. LXXXIX.

Cam facultate Superiorum, & Privilegio Regio.

Fig. 2 — Rost de um dos tomos (o 10.^o) dos *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, de Manuel Álvares Pegas; este tomo é preenchido com o comentário à Lei Mental (incluída no tit. 35 do livro II das *Ordenações Filipinas*).

6.2. Âmbito dos poderes senhoriais.

A questão decisiva para avaliar o equilíbrio político entre a corôa e os senhores na época moderna é — para além da extensão e importância das terras senhoriais — a questão do âmbito dos poderes senhoriais.

Esta questão tem que ser decidida, entre nós, a partir dos dados da legislação nacional, nomeadamente dos títulos das Ordenações sobre os “direitos reais” (*Ord. Af.*, II, 24; *Ord. Man.*, II, 15; *Ord. Fil.*, II, 26) e sobre os direitos dos senhores nas suas terras (*Ord. Af.*, II, 40; *Ord. Man.*, II, 107; *Ord. Fil.*, II, 45)⁵³⁸.

Na verdade, era este um dos pontos em que o direito nacional se afastara, pelas especiais circunstâncias da conjuntura política portuguesa da baixa idade média, dos dados do direito comum. Enquanto que o direito comum, reflectindo o acentuado pluralismo político do feudalismo da Europa central-occidental, era muito favorável ao alargamento do poder senhorial⁵³⁹, o

(⁵³⁸) Uma vez que não há variações decisivas entre estes títulos nas várias *Ordenações* (salvo, quanto ao segundo, entre as *Afonsinas* e as *Manuelinas*) e como as disposições das *Ord. Fil.* são as que hão-de vigorar até ao fim do antigo regime, basear-nos-emos, neste capítulo, na lição destas *Ordenações* e na doutrina sobre ela fundada.

(⁵³⁹) Algumas regras de direito comum justificativas do que se diz: (i) as doações régias devem ser interpretadas de forma lata ou mesmo latíssima, de modo a dar o máximo valor às suas disposições — assim, v.g., doado o castelo, entende-se doado o território sobre que ele tem jurisdição; doado o território, entende-se doada a jurisdição; (*iurisdictio adhaeret territorio*); doada esta entende-se doado todo o império; doada a jurisdição, entende-se doado o provimento dos respectivos ofícios; (ii) os direitos reais e as jurisdições podem ser doadas por cláusulas genéricas (v.g., “todos os direitos que a corôa tem ou possa vir a ter”); (iii) os direitos reais e as jurisdições podem ser adquiridas por prescrição. Sobre o regime de direito comum acerca das doações régias e da aquisição de direitos reais e de jurisdições, v. M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 9, p. 271 ss. (citando os principais comentadores e os feudistas, entre os quais Giurba) p. 303, n. 77 (“concesso castro, concessa iurisdictio”); J. CABEDO, *Decisiones*..., p. 2, d. 12; D. A. PORTUGAL, *De donationibus*, t. 1, L. 2, c. 7. Alguns feudistas: A. CONTI, F. DUARENII e MATTHEI WESENBECHII, *Comentarii in consuetudines feudorum*..., Spira 1594; ARNOLDO DE REYGER, *De origine, vi et auctoritate juris feudalis*, Jenae 1593; J. GARCIA DE SAAVEDRA, *Tractatus de hispanorum nobilitate et exemptione*, Madrid 1597; Ch. LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris 1667. Literatura moderna (para o caso espanhol, mais próximo de nós): ALFONSO M. GUILARTE, *El régimen señorial en el siglo XVI*, Madrid 1962; SALVADOR DE Moxó, *La disolución del régimen señorial en Espana*, Madrid 1965; *Los señoríos. En torno a una problemática*..., “Hispania”

direito nacional, sobretudo a partir da segunda metade do séc. XV, tendia para uma grande parcimónia na concessão de direitos (pelo menos de natureza não meramente económica; ou, simplificando de forma um tanto rude, de natureza magestática) aos senhores.

O princípio que, entre nós, vigorava nesta matéria era o de que a alienação pela corôa de direitos reais (incluídas as jurisdições) tinha que ser feita por acto expresso, princípio este que se fundava no texto das *Ordenações* (O.F., II,45, 1/2/3/6/9/11; II,27,2).

Este princípio comporta várias consequências.

A primeira é a de que, contra o que acontecia no direito comum, os direitos reais (e jurisdições) não podiam ser adquiridos por prescrição (ainda que imemorial ou centenária)⁵⁴⁰.

A segunda é a de que nunca se pode entender serem os direitos reais concedidos por doações genéricas (como, v.g., “dão a F. a minha vila de N” ou “dão a minha terra de N. com todos os direitos que aí possa haver”), solução que, como se disse, contrariava a doutrina do direito comum que considerava os direitos reais e jurisdicionais como acessórios ou naturais do

24(1964); *Los señorios: cuestiones metodológicas que plantea su estudio*, “An. Hist. Der. Esp.” 43(1973) 271 ss.; *La incorporación de señorios en la Espana del antiguo régimen*, Valladolid 1959; *La incorporación de los señorios eclesiásticos*, “Hispania” 23(1963) 219 ss.; MILLER TOWNSEND, *The castles and the crown: Spain 1451-1555*, New York 1963; NOEL SALOMON, *La campagne de nouvelle Castille d'après les relations topographiques*, Paris 1963; (Grupo 73), *El señorío de Buitrago*, Madrid 1973.

(⁵⁴⁰) Os autores eram definitivos quanto à solução da imprescritibilidade das jurisdições (cf. J. CABEDO, *Decisiones...*, p. 2, d. 41 — onde se expõe sumariamente a doutrina do direito comum [prescrição centenária ou imemorial, imprescritibilidade de certas regalias]; texto legal O.F., II,45,10); o mesmo, quanto à prescrição dos direitos reais, em geral (cf. o mesmo J. CABEDO, *Decisiones...*, p. 2, d. 65 — fontes legais O.F., II,45,10/55/56 [com remissão para O.F., II,45,34/35]); mais complicadas eram as coisas quanto aos direitos transmitidos por forais, pois as *Ordenações* dispunham que a posse imemorial podia justificar a cobrança pelos senhores de direitos, na falta de foral (desde que os direitos fossem semelhantes aos que costumam ser concedidos pelos reis), ou mesmo havendo foral (desde, também, que os direitos reclamados fossem semelhantes a outros constantes do foral) (cf. O.F., II,27,1/5, sobre cuja interpretação, J. CABEDO, *Decisiones...*, p. 2, d. 65; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, p. 238). Note-se que a imprescritibilidade dos direitos reais só se verificava contra o rei; não contra o donatário. Sobre o assunto, v. também D. A. PORTUGAL, *De donationibus*, T. 1, p. 2, c. 10.

território (“sicut nebula super paludem”, como a neblina sobre o pântano).

Estas duas regras não encerram, no entanto, a questão, nomeadamente porque a doações dos direitos reais (e jurisdicionais) pode ser feita em termos genéricos (v.g. “dão a minha vila de N. com todos os direitos e jurisdições que aí tenho ou possa ter”)⁵⁴¹. Neste caso, as opiniões da doutrina dividiam-se: uns opinavam que na doação se incluíam todos os direitos da corôa, exceptuados os inseparáveis da pessoa do rei⁵⁴²; outros que aí só se compreendiam os expressamente referidos (o que levantava problemas difíceis no caso de nenhum ser expresso); outros, ainda, distinguiam entre direitos reais maiores (*regalia maiora*) e menores (*regalia minora*), só considerando doados os últimos⁵⁴³. Nem outra coisa era de esperar em matéria com tantos interesses práticos envolvidos. No entanto, as opiniões dominantes, porque mais próximas dos dados da legislação nacional, eram outras. Ou a dos que, fundados directamente no preceito das *Ordenações*

(⁵⁴¹) As formas genéricas de doação são: (i) doação de “toda a jurisdição” ou “da jurisdição com mero e misto império” (sobre o alcance da cláusula, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, p. 303, n. 78; aí sobre estas noções de “mero império” — actividade do juiz dirigida à consecução da utilidade pública, v.g., na punição dos delitos —, “jurisdição” — actividade do juiz dirigida à satisfação dos interesses dos particulares, v.g. na condução das acções cíveis — e “misto império” — actividade do juiz participando das duas qualidades, v.g., utilizando expedientes coercivos para realizar interesses privados, como, por exemplo, os interdictos possessórios; a fonte da distinção é a Glosa e Bártolo, a propósito da *l. imperium* do tit. do Digesto, *de iurisdictio omnium iudicum*); (ii) doação genérica de certos tipos de jurisdição, v.g., “pôr os oficiais”, “cobrar os tributos” (sobre estas cláusulas, M. A. PEGAS, *loc. cit.*, n. 82); (iii) doação genérica da jurisdição, exceptuando certos direitos, v.g., “toda a jurisdição, salvo alçada e correição” (cf. M. A. PEGAS, *loc. cit.*, n. 83 e t. cit., p. 312 ss.).

(⁵⁴²) Os direitos inseparáveis da pessoa do rei seriam aqueles que a doutrina refere como competindo-lhe em razão do poder e jurisdição supremos — correição, cunhar moeda, entrar nos castelos, receber apelações, legitimar filhos naturais, conceder a restituição de fama (pondo fim à infâmia), fazer leis e dispensá-las, criar cidades, reunir cortes, ter tribunal da corte (parlamento, relação), emancipar menores, rever sentenças, confirmar doações, dar cartas de segurança, conceder títulos e nobilitar, dar cartas de perflhamento. Cf. enumeração em J. CABEDO, *Decisiones...*, p. 2, d. 37; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, p. 296, n. 66; D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, t. 1, p. 2, c. 1, n. 16/7; c. 2 e capítulos 8 ss.).

(⁵⁴³) Sobre esta discussão, cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 10, p. 71, ns. 5 ss.

que estabelecia um regime supletivo para as doações régias (O.F., II,45, *maxime* 11) eram de opinião que, neste caso, se aplicariam as disposições deste título das *Ordenações*⁵⁴⁴. Ou a dos que, fundando-se antes (um tanto forçadamente) nas já citadas disposições sobre forais, entendiam que, no caso de concessões genéricas de jurisdições, se deviam entender concedidos aqueles direitos e jurisdições que os reis normalmente concedem (e não os que os reis nunca ou rarissimamente concedem)⁵⁴⁵. Na prática, as duas opiniões acabam por coincidir largamente, já que os reis, nas suas doações, se pautavam normalmente pelo disposto nas *Ordenações*.

A opinião segundo a qual pelas doações genéricas de direitos e jurisdições se entendiam doados aqueles direitos e jurisdições que os reis habitualmente doavam genericamente remetia para uma interpretação das doações de acordo com o estilo da chancelaria régia e dava origem a uma enumeração casuística, interessante do ponto de vista histórico para avaliar os poderes efectivos dos senhores; por isso se reproduz aqui abreviadamente:

a) dízimas novas do pescado (criadas em 1458, por isso se distinguiram das dízimas “velhas”) — não costumam ser doadas, embora haja excepções (M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 9, p. 277, n. 23);

b) veios de metais (de cujo rendimento o rei tinha um quinto e o senhor da terra um décimo) — não vêm nas doações genéricas (cf. O.F., II,34; M. A. PEGAS, *loc. cit.*, 24);

c) sisas — não vêm nas doações genéricas (cf. O.F., II, 28,1 e M. A. PEGAS, *loc. cit.*, 278, n. 25);

d) terças (dos concelhos, para distinguir das terças ou *terçuelos*, participação do rei nos dízimos da igreja, concedida aos reis de Espanha em 1494 e que teve vigor em Portugal — cf. J. CABEDO, *Decisiones*..., 2 p., d. 63) — não podiam ser concedidas por pertencerem aos povos e apenas estarem entregues ao rei em administração (para reparo das muralhas e fortificações M. A. PEGAS, *loc. cit.*, p. 278, n. 26);

e) A criação e eleição de oficiais — não vêm nas doações genéricas as de justiça (salvo ouvidores, com a jurisdição que lhes está fixada nas *Ordenações*), de fazenda (cf. O.F., II,45,31), meirinhos e alcaides (O.F., II,45,14), tabeliães (O.F., II,45,15), embora fossem relativamente frequentes as doações expressas, salvo de oficiais da fazenda (M. A. PEGAS, *ibid.*, p. 284, n. 41);

f) padroado régio — só podia ser doado expressamente (cf. O.F., II,35,24; M. A. PEGAS, *ibid.*, p. 291, n. 53);

g) as dízimas das sentenças e as penas dos condenados — a questão era discutida e diversa conforme as diferentes penas (cf. discussão em M. A. PEGAS, *ibid.*, p. 292, n. 54, inclinando-se este autor para a alienabilidade genérica);

h) poder supremo do rei — englobando a correição e alçada, o direito de apelação, o sindicato (ou residência) dos oficiais (ou seja, a sua inspecção), o direito de aposentadoria régia e outras regalias maiores — é indelegável, pois “adere aos ossos do rei” (M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 9, p. 296, n. 66);

i) jurisdições — não costumam ser doadas por doação genérica, pelo que têm que ser expressamente referidas, sob pena de se aplicar o regime supletivo das *Ordenações* (O.F., II, 45);

j) saboarias ou monopólio do fabrico e venda do sabão e outros monopólios régios (cartas de jogar, solimão, pau brasil, pimenta) — não se entende que venham nas doações genéricas (M. A. PEGAS, *ibid.*, p. 307, n. 85);

l) estradas, rios, mar e outros bens que pertencem ao rei mas estão votados ao uso público — não vêm nas doações genéricas (M. A. PEGAS, *ibid.*, p. 309, n. 87);

m) impostos e tributos afectos a finalidades específicas (v.g., sisas — destinadas às despesas militares —, terças — destinadas à reparação das muralhas —, consulado — destinado à defesa dos portos —, alfândegas — para a defesa das fronteiras —, consulado da Índia — para o fabrico de naus —, dízima nova do pescado — para o pagamento das galés —, as anatas, décimas e real de água — para as despesas da guerra) — não vêm nas doações genéricas (M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 9, p. 509, n. 87);

n) impostos e tributos sem afectação especial (v.g., portagens, décima velha do pescado, jugadas, foros dos reguengos, moendas e outros direitos banais, jantares, etc.) — são doados genericamente (M. A. PEGAS, *ibid.*, n. 309, n. 88);

o) bens fiscais da corôa (sesmarias, reguengos, montes maninhos, salinas) — vêm nas doações genéricas (M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 9, p. 310, n. 89);

p) bens privados do rei — nunca vêm nas doações, a não ser que expressas (M. A. PEGAS, *ibid.*, n. 90)⁽⁵⁴⁶⁾.

Apresentado sob forma esquemática era, portanto, o seguinte o significado da concessão genérica de uma terra com os seus direitos e jurisdições, segundo a prática comum da

⁽⁵⁴⁴⁾ J. CABEDO, *Decisiones*..., p. 2, d. 12, n. 4.

⁽⁵⁴⁵⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 10, p. 72, n. 10.

⁽⁵⁴⁶⁾ V., na continuação do autor que se vem citando, uma casuística ainda mais fina, p. 312 ss.

chancelaria portuguesa (vão indicados a itálico os direitos doados):

BENS FUNDIÁRIOS	RENDAS	JURISDIÇÕES
Bens particulares ⁽⁵⁴⁷⁾	Rendas particulares ⁽⁵⁴⁸⁾	Eleição ou confirmação das justiças;
<i>Bens fiscais da coroa reguengos, sesmarias, matos maninhos</i>	Rendas dos concelhos	Eleição ou confirmação dos oficiais
Bens dos concelhos	<i>Rendas gerais da coroa (contidas no foral) — tributos e impostos, rendas fundiárias (foros, jugadas)</i>	Réditos judiciais
	Rendas consignadas da coroa	

Apesar do carácter limitativo de algumas das anteriores regras, o certo é que muitas vezes os reis doavam expressamente direitos e jurisdições em princípio reservados, ou mesmo daqueles que a doutrina entendia serem inalienáveis, por dizerem respeito e serem sinais do poder supremo do rei. Na verdade — e como refere um autor da época a este propósito — “o rei pode dispensar, contra ou para além do direito, todas as coisas e mesmo transformar os quadrados em círculos (*mutare quadratos rotundis*)”⁽⁵⁴⁹⁾. Entre nós, encontram-se alguns donatários com doações exuberantes, contendo mesmo direitos e prerrogativas de carácter régio. É, antes de tudo, o caso da Sé de Braga, que tinha o privilégio de ter tribunal curial (“senado”, “relação”) e julgar por acórdão as apelações que a ela viessem das suas terras, sem dar recurso para o tribunal régio⁽⁵⁵⁰⁾. Por sua vez, os Duques de

(⁵⁴⁷) Inclui os bens privados do rei, os bens da igreja e das ordens e os bens da coroa situados no território doado mas já doados a outrem.

(⁵⁴⁸) Inclui as rendas da igreja e das ordens religiosas e militares (dízimos e outros) — recebidos pelos eclesiásticos ou por leigos, a título de padroados ou de comendas.

(⁵⁴⁹) M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, p. 308 n. 85. A derrogação das limitações legais ou doutrinárias à doação de certos bens fazia-se através de cláusulas através das quais o rei manifestava a sua intenção de exercer a sua *potestas extraordinaria*, derogando a lei e violando direitos dos particulares, e se punha assim a salvo do embargo da sua doação ou da tentativa de a anular por sub-repção ou ob-repção (v. *infra*, 330); essas cláusulas eram as de “certa ciência”, “motu proprio”, “poder absoluto”, “não obstante [quaisquer direitos, leis, estilos, façanhas, em contrário]”, “pro expressis”, “prejuízo de terceiro”, etc. (sobre o alcance de cada uma delas, cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 10, p. 50, n. 4 ss).

(⁵⁵⁰) M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, p. 137, n. 15 e 141, n. 2; J. CABEDO, *Decisiones...*, 2.ª p., d. 67.

Bragança podiam pôr oficiais nas suas terras, tirar residências desses oficiais (o que acontecia também com a Sé de Braga e com a Casa da Rainha) e estavam isentos de correição⁽⁵⁵¹⁾. As freiras de Arouca gozavam do direito de recusar a entrada nos seus domínios ao corregedor da comarca⁽⁵⁵²⁾. Doações também exuberantes tinha a casa de Aveiro, com direito de pôr e confirmar oficiais, de receber apelações mesmo dos oficiais da Fazenda (embora devesse dar apelação para o rei)⁽⁵⁵³⁾. Relativamente vulgares são ainda as doações do poder de confirmar oficiais dos concelhos, de apresentar tabeliães e de usufruir doutros direitos em princípio reservados.

6.3. Importância relativa dos domínios senhoriais.

Não existem, elaborados de forma actualizada, dados sobre a importância relativa dos domínios senhoriais na época moderna. A situação terá, de resto, variado conforme as épocas⁽⁵⁵⁴⁾. A própria avaliação dos domínios senhoriais está por fazer⁽⁵⁵⁵⁾. Um breve exame dos livros de chancelaria de Filipe III dá-nos um conjunto de cerca de 180 terras (num total de cerca de 800 com jurisdição separada) senhoriais; mas não se pode esquecer que, sendo este cômputo feito com base sobretudo nas cartas de confirmação, ele não inclui as terras da igreja⁽⁵⁵⁶⁾.

(⁵⁵¹) M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, p. 156, n. 10; alvará de 2.10.1607 (*J.J.A.S.*); regimento de 19.7.1687 (*J.J.A.S.*) (jurisdições e regalias desta casa);

(⁵⁵²) M. A. PEGAS, *Commentaria*, t. 12, p. 155, n. 5. O mesmo privilégio tinha a Condessa de Sarzedas (dec. 25.6.1664, *J.J.A.S.*), o Bispo de Coimbra e o mosteiro de Alcobaça.

(⁵⁵³) M. A. PEGAS, *Commentaria*, t. 9, p. 285, n. 41 e 42.

(⁵⁵⁴) V. algumas indicações em FORTUNATO DE ALMEIDA, *História...*, t. V, 104 ss.; LUÍS A. REBELO DA SILVA, *História de Portugal...*, cit., v. III; JORGE BORGES DE MACEDO, *Nobreza. Época moderna*, em “Dic. hist. Port.”. As fontes para a actualização e aperfeiçoamento destes estudos terão que ser, sobretudo, as genealogias e as corografias (v.g., ANTÓNIO CARVALHO DA COSTA, *Corographia portugueza*, Lisboa 1706-1712 e o enorme manacial das “Memórias paroquiais” (1785) do Pe. LUÍS CARDOSO, existentes no ANTT e só parcialmente publicadas).

(⁵⁵⁵) Existem, em todo o caso, listas de donatários (que importa avaliar criticamente): v.g., o Maço antigo n.º 113 do ANTT, os índices 260 B, 260 C e 227 do mesmo arquivo; o cod. 4512 do F.G. da B.N.L., etc.

(⁵⁵⁶) Cf. *supra*, 289.

Se avançarmos século e meio, durante o qual as grandes modificações, neste plano, foram, decerto a constituição da Casa do Infantado e da Casa das Rainhas, a perda para a corôa e Casa do Infantado das terras dos nobres exilados ou proscritos no reinado de D. João IV e a anexação também pela corôa das terras dos nobres implicados no atentado contra D. José — dos quais se destacava o poderoso Duque de Aveiro, senhor de várias terras —, poderemos traçar o panorama que decorre do quadro seguinte:

	Minho	Trás-os-Montes	Beira	Extremadura	Alentejo	Algarve	Total
Donatários leigos	35 (22%) (23%)	16 (10%) (25%)	65 (42%) (17%)	22 (14%) (17%)	18 (12%) (18%)	—	156 (19%)
Donatários eclesiásticos	31 (34%) (21%)	3 (3%) (5%)	42* (46%) (12%)	15** (16%) (12%)	—	1 (1%) (6%)	92 (11%)
Ordem de Malta	3 (50%) (2%)	1 (17%) (2%)	2 (33%) (1%)	—	—	—	6 (1%)
Universidade de Coimbra	—	—	12 (100%) (3%)	—	—	—	12 (2%)
Casa de Bragança	16 (29%) (11%)	19 (34%) (30%)	5 (8%) (14%)	2 (4%) (2%)	14 (25%) (14%)	—	56 (7%)
Coroa	60 (14%) (40%)	17 (4%) (27%)	219 (51%) (60%)	62 (15%) (48%)	58 (14%) (59%)	11 (2%) (69%)	427 (52%)
Casa do Infantado	5 (8%) (3%)	7 (12%) (11%)	17 (28%) (5%)	21 (35%) (16%)	9 (15%) (9%)	1 (1%) (6%)	60 (7%)
Casa das Rainhas	—	—	1 (9%) (—%)	7 (64%) (5%)	—	3 (27%) (19%)	11 (13%)
Total	150 (18%) (100%)	63 (7%) (100%)	363 (44%) (100%)	129 (16%) (100%)	99 (13%) (100%)	16 (2%) (100%)	819 (100%) (100%)

(Fonte: *Mappa alfabetico das povoações de Portugal que tem juiz de primeira intrancia...*, Lisboa 1811).

*Sobretudo, o Bispo de Coimbra.

**Sobretudo, o Mosteiro de Alcobaça.

Daí se pode ver que, embora a corôa fosse titular da maior parte das terras em todas as províncias (salvo em Trás-os-Montes, em que só o senhorio da Casa de Bragança abrangia 30% dos concelhos), o seu maior peso se verificava no Alentejo e na Beira; enquanto que os donatários (excluída a Casa de Bragança e casas anexas à corôa) leigos tinham um maior peso ao norte do Douro e os donatários eclesiásticos no Minho. Note-se que, nesta altura, já tinham sido incorporadas na jurisdição real, em 1790 e 1792, as jurisdições dos donatários, pelo que o seu senhorio se limitava já aos simples direitos do foral.

A mesma indecisão vigora para a avaliação da importância da renda senhorial⁵⁵⁷.

A venda de senhorios parece não ter proliferado entre nós, mesmo sob a Casa de Áustria (que, em Espanha, seguiu, nos momentos de aperto financeiro dramático da primeira metade do séc. XVII, uma política de venda de terras e senhorios)⁵⁵⁸. Em todo o caso, há notícias de exemplos isolados. Assim, D. Afonso V doou o concelho de Entre-Homem-e-Cávado com todas as rendas e jurisdições a Pedro Machado, que havia desempenhado esta terra por 500 corôas⁵⁵⁹. E, em 1640, Diogo Soares, o célebre secretário de Filipe III, compra a vila de Punhete (hoje, Constância), com o senhorio, jurisdições, ofícios, padroado e alcaidaria por 4 000 cruzados⁵⁶⁰.

(⁵⁵⁷) V. algumas indicações dadas em A. SILBERT, *Le Portugal...*, 150 ss. e as fontes citadas em JOAQUIM V. SERRÃO, *História...*, IV, 308 ss. Para muitas casas existem, em arquivos, avaliação das rendas: v.g. Cod. 3690 F.G. BNL (casa de Bragança); ANTT, novas aquisições de 1977 (Casa da Castanheira); Cod. 3377 F.G. BNL (Marquês de Castelo Rodrigo).

(⁵⁵⁸) Cf. ANTONIO DOMINGUEZ ORTIZ, *Venta e exenciones de lugares durante el reinado de Filipe IV*, "An. hist. der. esp." 34 (1964) 163 ss; NOEL SALOMON, *La campagne de nouvelle Castille à la fin du XVII. siècle d'après les relations topographiques*, Paris 1964; A. DOMINGUEZ ORTIZ, *La sociedad española en el siglo XVIII*, Madrid 1955, 155 s. (séc. XVI, alienação de senhorios eclesiásticos; séc. XVII, de senhorios regalengos à velha nobreza e, sobretudo, à burocracia; com Filipe IV, o auge).

(⁵⁵⁹) M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, p. 178.

(⁵⁶⁰) *Chancelaria de Filipe III*, L.º 33, 266 v.º e 269 v.º; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 10, p. 268; mais tarde, por sentença de 1686, a doação é anulada por lesão (pois a vila valeria 50 000 cruzados) e por conter cláusulas exuberantes.

6.4. Poderes administrativos e jurisdicionais dos senhores.

Nos senhorios em que tivesse sido doada a jurisdição, os senhores eram considerados juizes perpétuos e ordinários. No entanto, a sua faculdade de exercício dessa função estava limitada pelo princípio de que a eles competia apenas a *jurisdição intermédia* — ou seja, nem podiam julgar em primeira instância, nem podiam decidir em última. Portanto, a jurisdição senhorial não excluía nem a jurisdição dos juizes das terras, a quem competiria sempre o conhecimento das “acções novas”, nem o direito real de apelação (cf. O.F., II,45,50 e III, 71, *in pr.*)⁽⁵⁶¹⁾.

O princípio do carácter intermédio⁽⁵⁶²⁾ da jurisdição senhorial obrigava ainda a que os senhores não exercessem por si a justiça, mas disso encarregassem funcionários especialmente deputados, os *ouvidores*, cuja instituição e poderes está regulada nas *Ordenações* (O.F., II,45,49)⁽⁵⁶³⁾. Os ouvidores são providos

(⁵⁶¹) Os autores justificam isto do ponto de vista dogmático, dizendo que os senhores têm a jurisdição quanto à propriedade, mas não quanto à administração. Cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, p. 306, n. 81 ss.; t. 12, p. 108 ss. (maxime n. 12 ss.). Para a doutrina do direito comum, que atribuía aos senhores jurisdição em primeira instância, *ibid.*, t. 12, p. 252, n. 1 ss.

(⁵⁶²) Para o comentário, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, p. 240, n. 1. Este princípio era limitado por duas circunstâncias: por um lado, os ouvidores senhoriais podiam substituir-se aos juizes ordinários das terras em certas condições (negligência dos juizes, causas dos poderosos, caso de privilégio ou costume prescrito, suspeição do juiz) — cf. M. A. PEGAS, *loc. cit.*, p. 255, n. 17; por outro, entendiam os autores — apoiando-se no direito castelhano — que a concessão do direito de apelação aos senhores era cumulativa, não impedindo o recurso para a corte, ao arbítrio do litigante (*ibid.*, p. 226, n. 8). Outros casos em que os donatários não gozavam de direito de apelação (sacas e alfândegas, confrarias, juizes dos órfãos, direitos reais, juiz de fora) em M. A. PEGAS, *loc. cit.*, gl. 34, p. 224 ss.

(⁵⁶³) A regra não era tão absoluta, pois exceptuava (i) o caso em que os donatários não tivessem ouvidor e (ii) os casos de haver justa causa para avocar as causas. Comentário em M. A. PEGAS, *loc. cit.*, p. 250. O senhor podia nomear livremente (única restrição legal: “homem para isso pertencente”) o ouvidor; mas havia uma certa tendência para os das terras ou casas principais serem letrados; isso fora pedido pelos povos nas cortes de 1481 e era observado por alguns senhores (v.g., a duquesa de Torres Novas e o Bispo de Coimbra); noutro caso, a ouvidoria era desempenhada pelo juiz de fora, a expensas do donatário (cf., para Portimão, a CR de 3.6.1620 [J.J.A.S.]; para Lanhoso, em que o ouvidor é o juiz de fora de Guimarães [Chanc. Filipe III, L. 18, p. 4 v] ou para o Sabugal, em que o ouvidor é o juiz de fora de Penamacor [ibid]).

trienalmente, devem residir na terra senhorial de que são ouvidores, tendo jurisdição sobre outras terras do mesmo senhor num círculo de 10 léguas⁽⁵⁶⁴⁾. A jurisdição dos ouvidores era, como já se disse, uma jurisdição de recurso⁽⁵⁶⁵⁾ (e só das apelações, mas não já dos agravos) e, ainda assim, só em relação às questões cíveis (O.F., II,45,49)⁽⁵⁶⁶⁾.

Os ouvidores eram assessorados por oficiais do mesmo tipo daqueles que assessoravam os juizes ordinários e de fora — escrivães, contadores, inquiridores, distribuidores, porteiros, caminheiros —, os quais eram também postos pelos senhores da terra⁽⁵⁶⁷⁾, excepto os escrivães ou notários (O.F., II,45,25). Quanto a estes últimos, de acordo com uma longa tradição legislativa a que já nos referimos, os donatários estavam impedidos de os criar (apresentar ou confirmar)⁽⁵⁶⁸⁾ (O.F., II,45, 15 ss.), o que não impedia larga prática em contrário⁽⁵⁶⁹⁾.

(⁵⁶⁴) A justificação expressa é a comodidade dos povos; sobre a possibilidade de instituir ouvidor extraterrial (sem jurisdição contenciosa), M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, p. 241, n. 11.

(⁵⁶⁵) O.F., II,45,48; comentário em M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, gl. 50, p. 251 ss. Quanto à distinção entre apelação e agravo, dir-se-á, simplificando, que a primeira era um recurso das sentenças definitivas, normalmente por razões de fundo, enquanto o segundo é um recurso de decisão interlocutória, baseado em razões de forma; para uma distinção mais cuidada, v., por todos, MARCELLO CAETANO, *História...*, 400 (e bibl. aí citada) e 585. Naturalmente que podia ser especialmente concedida a jurisdição de conhecer agravos (e foi-o, v.g., ao Conde de Cantanhede [Chanc. Filipe III, L. 10, 287 e L. 14, 3]).

(⁵⁶⁶) E nem a todas, conforme se disse acima (*supra*, nota 562).

(⁵⁶⁷) Sobre as especialidades do provimento dos ofícios pelos donatários (não podem vender ofícios nem impor-lhes ónus, não podem aceitar renúncias, não podem pô-los a prazo, não podem dar serventias, não podem aposentar), v. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, p. 176, 191, 200, 203 s. Literatura europeia sobre justiça senhoriais: J. ULR. DÜRR, *De curiis dominicalibus*, Argutorati 1648; ANGELO A. SCAMMO, *Tractatus de officialibus baronum*, Neapoli 1712 000; V. L. TAPIÉ, *Les officiers seigneuriaux dans la société provinciale du XVIIe siècle*, “XVIIIe siècle”, 1969; P. VILLARD, *Les justices seigneuriales dans la Marche*, Paris 1969.

(⁵⁶⁸) A lei (e a doutrina) distinguem entre a apresentação e a dada dos ofícios (e, portanto, também dos tabeliães). A apresentação consistia na indicação do nome de oficial; a dada, na sua confirmação (precedida, eventualmente, como era o caso nos tabeliães, do seu exame) e na passagem da carta. As Ordenações dispunham que, quando os donatários tivessem privilégio de pôr tabeliães, isto só se entendia quanto à apresentação, sendo a dada sempre

7. O poder central. O rei.

Do que antes ficou dito sobre a concepção corporativa da sociedade (v. *supra*, 205 ss.) já decorre o fundamental para a compreensão do estatuto da realeza na nossa baixa idade média e na idade moderna.

De resto, os fundamentos da teoria do poder real mantêm uma certa continuidade com tópicos doutrinários que já vinham de trás e aos quais já nos referimos ao descrever o estatuto do rei na alta idade média; estatuto que, vimo-lo então, decorria em linha directa das ideias e instituições políticas visigóticas, estas por sua vez inspiradas nas Escrituras, na patrística e em alguns ecos dos textos romanos.

Fundamentalmente, são esses mesmos textos que vão estar na base das concepções políticas baixo-medievais, embora o elemento romano tenha ganho uma maior preponderância, em virtude da recepção do direito justiniano na Europa ocidental.

No plano das fontes jurídico-doutrinárias, tiveram um relevo especial os textos romano-justinianos que se referiam à origem pactícia e popular do poder, concedido aos reis pelo povo através da *lex regia de imperio*⁽⁷⁰⁾.

real — o que obrigava a que o seu exame fosse feito no Desembargo do Paço, que as cartas lhes fossem aí passadas e que os tabeliães se chamassem pelo rei (cf. O.F., II,45,16, respeitando-se doações mais exuberantes — cf. §§ 19 ss.); em contrário, no entanto, a carta de doação ao Conde da Castanheira (*Chanc. Filipe III*, L. 10, 298 v.).

⁽⁶⁹⁾ No séc. XVII tinham privilégio de pôr tabeliães nas suas terras, entre outros (porventura), os seguintes donatários: Conde de S. João, Conde de Castelo Melhor, Conde de Faro, Conde de Linhares, Conde de Miranda, Conde de Vale de Reis, Conde de Unhão, Condessa da Calheta, Duque de Bragança, Duque de Aveiro, Duquesa de Torres Novas, Duque de Vila Hermosa, Marquês de Castelo Rodrigo.

⁽⁷⁰⁾ Cf., num sentido absolutista, *Inst.* I,1,6 (“*sed et quod principi placuit, leges habet vigorem; quum lege regia, quae de eius imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat...*”; D.1,3,31 (Ulpianus) (“*Princeps legibus solutus est...*”); D.1,4,1 (Ulpianus) (igual a *Inst.*, I,16); num sentido “legalista”, D.2,2 (“*quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*”); C.1,14,4 (Teodósio) (“*Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se Principem profiteri: adeo de auctoritate juris nostris pendet auctoritas. Et revera majus Imperio est, submittere legibus Principatum...*”). Os textos mais citados das Escrituras são *Prov.* 8,15 e *S. Paulo, Ad. rom.*, 13,1.

Estes textos, não tendo sido suficientes para justificar a natureza civil do poder, serviram no entanto para complementar a interpretação dos textos escriturais que proclamavam a origem divina da instituição real.

Muito simplificadamente exposto⁽⁷¹⁾, o discurso político dos juristas e teólogos medievais desdobrava-se nos seguintes passos:

a) embora, por natureza, o homem devesse estar livre de toda a sujeição — pois, no estado de natureza, os homens são livres e iguais —, o pecado criara a necessidade de introduzir na sociedade humana a hierarquia e o poder, a fim de evitar o mal e estabelecer a concórdia entre os homens⁽⁷²⁾.

b) o poder político (bem como a distinção entre os homens livres e escravos) tinha, assim, origem divina (*non est potestas nisi a Deo*, *S. PAULO, Ad Rom.*, 13,1);

c) embora não haja aqui unanimidade de pontos de vista⁽⁷³⁾, a maior parte dos teólogos e juristas inclina-se para a existência

⁽⁷¹⁾ Para maiores desenvolvimentos v. O. GIERKE, *The political theories...*, cit.; ROBERT W.-A. CARLYLE, *Mediaeval political theory*, Edinburgh — London 1962, 7 vols.; J. A. MARAVALL, *estado moderno y mentalidad social*, Madrid 1972, *maxime*, I.º vol., 2.ª parte; para uma bibliografia extensa (aqui irreproduzível) e actualizada sobre o pensamento político medieval e moderno, DIETER WIDUCKEL, *Princeps legibus solutus*, Berlin 1979. Para Portugal, M. PAULO MERÊA, *As teorias políticas medievais no “Tratado da virtuosa bemfeitoria”, “Estudos de história do direito”, Coimbra 1923; O poder real e as cortes, Coimbra 1923; FRANCISCO TEJADA DE SPINOLA, Las doctrinas políticas en Portugal (Edad media), Madrid 1943; MARTIM DE ALBUQUERQUE, O poder político no renascimento português, Lisboa 1968 (a síntese mais completa); Jean Bodin na península ibérica, Lisboa 1978; LUÍS REIS TORGAL, Ideologia política e teoria do Estado na restauração, Coimbra 1981. Para exposições seicentistas, onde aparecem compendiadas as posições da teologia moral, da teoria política e do direito desde o fim da idade média, FRANCISCO SUAREZ, *De legibus* (ed. bilingue moderna no “Corpus hispanorum de pace” Madrid 1971); LUÍS DE MOLINA, *De iustitia et de iure*, de que há também uma edição moderna; e, entre nós, o pouco referido (e, também, pouco original, BENTO EGÍDIO, *Commentaria in lex hoc iure ff. de iustitia et jur.*, ed. cons. Conimbricæ MDCLXXXX /([sic])).*

⁽⁷²⁾ SANTO AGOSTINHO, *De civ. Dei*, 19,15 (“*rationalem factum ad imaginem suam noluit nisi irrationalibus dominari; non hominem homini, sed pecori*”); tb. *De doct. christ.*, I,23; o recurso à ideia de pecado para explicar a origem do poder foi introduzido por S. IRINEU (*Adv. haer.*, 5, 24) e desenvolvido por S. AGOSTINHO, S. GREGÓRIO MAGNO, S. AMBRÓSIO, S. ISIDORO DE SEVILHA (cf. M. PAULO MERÊA, *As teorias políticas...*, cit., 192/3).

⁽⁷³⁾ Cf. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *O poder político...*, cit., 16.

de uma mediação na outorga do poder político por Deus aos reis: uns identificam essa mediação com o Papa — este, sim, detentor imediato do poder, como vigário de Deus na terra — outros com o povo que, assim, aparece como a causa próxima, imediata, concreta ou material do poder, enquanto que Deus constituiria a causa remota, mediata, abstracta ou espiritual (*imperio a Deo, et tamen per homines, scil, romanos*, GUILHERME DE OCKHAM, *Dial.*, 32,1,27)⁽⁵⁷⁴⁾;

d) esta ideia da origem mediata e popular do poder permitiu o desenvolvimento — a partir do citado texto de D. 1,4,1 — da ideia de um pacto pelo qual o povo aceita o soberano e se submete a ele (*pactum subjectionis*), pacto que legitima o poder, lhe impõe um objectivo (o bem comum), lhe introduz limitações teóricas e, em certos autores, chega a justificar o direito de rebelião ou de deposição e o tiranicídio⁽⁵⁷⁵⁾.

São estas concepções teóricas que influenciam, desde logo, as *Siete Partidas* — colectânea legislativo-doutrinal dos fins do séc. XIII que substitui, na baixa idade média, o título preliminar do Código Visigótico como obra de enquadramento doutrinal das instituições dos reinos hispânicos — e, depois, os juristas, teólogos e moralistas hispânicos, nomeadamente os portugueses

⁽⁵⁷⁴⁾ Outros textos em O. GIERKE, *Political theories of middle ages*, cit., notas 139 a 142, p. 146/7. São muito interessantes as páginas em que PAULO MERÊA (*As teorias políticas...*, cit., 200) explica de que modo jogou a teoria da origem popular do poder (*a Deo per populum*) na conjuntura política medieval, nomeadamente nas tensões políticas entre os reinos e o papado; uns e outro acabavam, como conclui o A. citado, por beneficiar com esta concepção: os primeiros, ao sublinhar a origem *laica* do seu poder, o segundo marcando a distância entre a origem *imediatamente divina* da sua instituição e a origem apenas *mediatamente divina* da instituição real.

⁽⁵⁷⁵⁾ Sobre o *pactum subjectionis* v., por todos, O. GIERKE, *Political theories...*, cit., 39 ss. e 146; M. PAULO MERÊA, *As teorias políticas...*, cit., 202 ss., onde se realça a concordância destes tópicos teóricos com a tradição política medieval (pactos feudais) e hispânica (princípio electivo na monarquia visigótica); por sua vez, M. GARCIA GALLO (*Manual de historia del derecho*, I, 744/5) realça a influência dos canonistas conciliaristas que atribuem ao concílio e aos bispos o poder supremo na Igreja. Note-se a diferença entre a ideia dum pacto de sujeição e a ulterior ideia de contrato social: o pacto de sujeição celebra-se entre a sociedade *já constituída* e o rei trespassando para este os poderes de governo até aí radicados na própria sociedade; o contrato social celebra-se entre indivíduos e *constitui* a sociedade.



Fig. 3 — “Deus no céu, mas tu no mundo”. Gravura representando o rei, sentado no trono, com o ceptro e a esfera. A legenda remete para um dos fundamentos da teoria política medieval — a origem divina e a natureza vicarial do poder do rei; gravura reproduzida da *Ordenançam da ordem do juyzo*, impressa em Lisboa em 1526.

ÁLVARO PAIS (? —1349)⁽⁵⁷⁶⁾, D. DUARTE (1391-1438)⁽⁵⁷⁷⁾ e o INFANTE D. PEDRO (1392-1449)⁽⁵⁷⁸⁾.

A problemática teórica a partir da qual estas questões eram normalmente levantadas era a da teologia moral — nomeadamente, as obras destinadas a orientar a educação dos príncipes (*ad usum delphini*, tratados de *regimine principum*) — e não a do direito. Por esse facto, o seu impacto prático ficava grandemente atenuado, sobretudo porque se entendia que as consequências concretas dos princípios doutrinários expostos (quanto, v.g., aos limites do poder real) só obrigavam o rei em consciência (*vi directiva*) e não no plano do direito (*vi coactiva*).

Por outro lado, à expansão destas doutrinas no plano doutrinário não correspondera, no plano institucional, a constituição de órgãos e processos capazes de as actuar. De alguma forma, ter-se-á mesmo dado, a este nível, um retrocesso, com a perda de poder pelas classes feudais (em virtude da crise do séc. XIV) e, consequentemente, dos órgãos através dos quais elas participavam directamente no poder político central nas épocas anteriores (concílios, cúria régia).

Assim, embora os juristas tendessem em transportar para a dogmática jurídica os achados doutrinários dos teólogos e moralistas (com quem tinham estreitos contactos teóricos)⁽⁵⁷⁹⁾, os

⁽⁵⁷⁶⁾ Sobre Álvaro Pais — franciscano e bispo de Silves (*De planctu ecclesiae*, *Speculum regum*, *Collyrium fidei*) — cuja nacionalidade portuguesa é contestada por alguns, v. NICOLAS LUNG, *Un franciscain, théologien du pouvoir pontifical au XV^e siècle. Alvaro Pelayo évêque et pénitencier de Jean XXII*, Paris 1931; ultimamente, ANTÓNIO D. DE SOUSA COSTA, *Estudos sobre Álvaro Pais*, Lisboa 1966; e JOÃO MORAIS BARBOSA, *A teoria política de Álvaro Pais no "Speculum regum". Esboço duma fundamentação jurídico-filosófica*, em "Bol. Min. Just." 211(1971) 5-167; 212(1972) 5-141; 213(1972) 5-112.

⁽⁵⁷⁷⁾ Sobre o *Leal conselheiro*, sobre o qual v., recentemente, ROGÉRIO FERNANDES, *D. Duarte e a educação senhorial*, Coimbra 1978 (separata de "Vértice", 1977).

⁽⁵⁷⁸⁾ Sobre as suas ideias políticas v. M. PAULO MERÊA, *As teorias políticas...*, cit., A. MOREIRA DE SÁ, *A "Carta de Bruges" do Infante D. Pedro*, em "Biblos" XXVIII (1952) 33-54; FRANCISCO E. TEJADA SPINOLA, *Ideologia e utopia no "Livro da virtuosa bemfeitoria"*, em "Rev. port. filosofia" 3(1947) 5-19.

⁽⁵⁷⁹⁾ Cf. M. PAULO MERÊA, *Suarez jurista*, cit., 8; e *A ideia da origem popular do poder nos escritores portugueses anteriores à Restauração*, em *Estudos de história do direito...*, cit., cit., 229-30.

dados da política quotidiana obrigavam-nos a introduzir fortes limitações à operacionalidade prática dos princípios teóricos da origem popular do poder real.

A primeira limitação dizia respeito à natureza do *pactum subjectionis*, que muitos construíam como um acto jurídico *unilateral* de submissão, que o rei se limitava a aceitar sem assumir qualquer compromisso correspondente. Outros combinavam o princípio do *pactum subjectionis* com o princípio hereditário, donde concluíam que o pacto se mantinha válido enquanto houvesse sucessores legítimos do primeiro soberano. Outros, ainda, consideravam os direitos do rei como adquiridos por usucapião em relação aos povos. Outros, finalmente, entendiam — como mais tarde se dará com os teóricos do poder absoluto (v.g., Th. HOBBS, 1588-1679) — que o pacto operara uma transferência completa dos poderes da colectividade para o soberano, em termos de a colectividade carecer de legitimidade futura para reavocar esses poderes, destituindo o soberano ou impondo limites à sua acção.

A segunda limitação dizia respeito ao modo como entendiam o carácter vinculado ou funcional do poder real, sintetizado no brocardo "*regnum non est propter rex, sed rex propter regnum*" (PTOLOMEU DE LUCA, *De regimine principum*, III, 11), e de que a questão da vinculação do rei à lei (divina, natural, humana) era uma das especificações. Tendo embora havido, a este propósito, oscilações e evolução, a ideia mais comum era — como escreve P. MERÊA⁽⁵⁹⁶⁾ —, a dos que "negavam ao povo qualquer direito de resistência. O rei apenas perante Deus responderia pelos maus actos que praticasse, pelo mau uso que fizesse do seu ofício". E, no que respeita à obediência à lei, a doutrina dominante nos juristas, se não era a da supremacia do rei perante a lei, não era, tão pouco, a da sua submissão a ela, em termos jurídicos (*vi coactiva*), mas apenas em termos morais (*vi directiva*)⁽⁵⁹⁷⁾.

Foi nestes limitados termos que a teoria da origem popular do poder real teve actuação prática em Portugal.

Assim, a ideia da origem popular do poder esteve presente na nossa tradição política e jurídica medieval, embora combinada

⁽⁵⁹⁶⁾ M. PAULO MERÊA, *As teorias políticas...*, cit., 217.

⁽⁵⁹⁷⁾ V. adiante, 322.

com a ideia da sua transmissão hereditária. Na crise política de 1245 (deposição de D. Sancho II pelo Papa⁽⁵⁹⁷⁾), não se trata, ainda, duma manifestação do poder do povo de depôr o rei e substituí-lo por outro, mas duma aplicação do princípio do primado do poder espiritual da Igreja sobre o poder temporal dos reinos⁽⁵⁹⁸⁾. No entanto, já na crise política de 1383-5, a argumentação desenvolvida nas cortes de Coimbra, donde saíu designado como rei de Portugal o Mestre de Aviz, se baseava directamente na ideia de que o poder dos reis tinha origem popular e de que ao povo competia, estando vago o trono *por se ter extinguido a descendência legítima ou dinastia*, eleger novo rei⁽⁵⁹⁹⁾. A mesma ideia se mantém durante toda a segunda

⁽⁵⁹⁷⁾ Cf., E. PIETERS, *The shadow king. Rex inutilis in medieval law and literature*, London, 1970, 135-70.

⁽⁵⁹⁸⁾ Baseado na ideia de que o poder dos reis derivava mediamente de Deus, através do Papa, seu vigário (*vicarius*, o que está em vez de) na terra. Em Portugal, a bula *Manifestis probatum*, pela qual D. Afonso Henriques fora reconhecido rei de Portugal pelo Papa, favorecia os pontos de vista curialistas. Note-se, no entanto, que a designação de D. Afonso [III] como rei está condicionada, na bula *Grandi non immerito*, à inexistência de descendência legítima, e que a ascensão de D. Afonso ao trono estava, portanto, de acordo com as regras de sucessão da corôa portuguesa. Sobre as relações entre o Papado e o poder temporal, com referência à situação portuguesa e a este episódio concreto, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 247 ss. e bibl. aí citada. Quanto aos aspectos jurídicos da deposição de D. Sancho II, v., também, FRANZ-PAUL DE ALMEIDA LANGHANS, *Fundamentos jurídicos da monarquia portuguesa*, em *Estudos de direito*, Coimbra 1957, 258 ss.

⁽⁵⁹⁹⁾ “Depois da morte de D. Fernando q estes reynos possuia ficarão vagos e desamparados sem rey, regedor e defensor nenhu que os pudese e devese de direito herdar...”; “... Em nome de Deos e da Santa Trindade Padre e Filho e Espirito Santo, nomeamos, escolhemos, tomamos, e onremos, recebemos em aquela melhor e comprida guiza, que nos podermos o dito D. João Mestre de Aviz em rey, e por rey e senhor nosso e dos ditos regnos de Portugal e do Algarve...” (cf. A. CAETANO DO AMARAL, *História genealógica...*, *Provas*, Tomo I, Liv. III, 11-9). Sobre as cortes de 1385, M. CAETANO, *As cortes de 1385*, em “Rev. port. hist.” V(1951); existe separata (Coimbra 1951); agora, *História...*, 445 ss.; ANTÓNIO BRÁSIO, *A argumentação de João das Regras nas cortes de Coimbra de 1385*, em “Lus. Sacra” 3(1958) 7-40; crítica do CONDE DE TOVAR (“An. Acad. Port. Hist.” 10.2.ª série (1960) 23-26; *ibid.*, 11.2.ª série (1961) 197-232. V., ultimamente, a argumentação expendida por juristas italianos, a quem D. João I pediu pareceres favoráveis à sua posição, em THOMAS M. IZBICKI, *A bolognese consilium on portuguese politics*, comunicação ao congresso de Nápoles (1980) da “Società italiana por la storia del diritto” (texto dactilografado, por deferência do autor).

dinastia⁽⁶⁰⁰⁾ e volta a ser actuada na crise de 1580 (e, posteriormente, nas cortes de 1641)⁽⁶⁰¹⁾.

Menor aplicação prática teve a ideia da limitação do poder real e do direito de resistência dos súbditos no caso de abuso, pelo rei, desse poder.

A questão era posta, normalmente, em duas sedes: *a do direito de deposição do rei que se desviasse dos seus deveres* e *a da limitação do poder real pela lei*⁽⁶⁰²⁾.

Quanto ao primeiro aspecto, os juristas distinguem duas espécies de ilegitimidade do rei (*tyrannia*): aquele ao qual falta título para reinar (*tyrannus in titulo*) e aquele que, ainda que tenha justo título para reinar, atenta contra o bem comum do reino e contribui para a sua destruição (*tyrannus in exercicio*); no primeiro caso (o mais longínquo do nosso problema), aceita-se que o povo o possa depôr e, até, assassinar; no segundo, aceita-se a sua deposição pelas cortes gerais ou por sentença dos tribunais, como último remédio e desde que não exista esperança de emenda⁽⁶⁰³⁾.

⁽⁶⁰⁰⁾ Um dos momentos em que esta ideia vem ao de cima é o da crise provocada pela morte de D. Duarte e conflito acerca da tutela do rei menor. Nessa altura, os procuradores de Lisboa às cortes de 1438 afirmam: “porque asi como a nos somente pertence enleger rei, se a real e legítima sobcessão dos reis d’estes reinos por algum caso, o que Deus não queira, se destinguisse...” (RUI DE PINA, *Crónica de el-rei D. Afonso V*, cap. 14). Sobre o problema das regências e dos direitos dos povos a este respeito, v. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *O poder político...*, cit., e os estudos de FRANCISCO MANUEL TRIGOSO DE ARAGÃO, no Ms. 183, n.º 6 do F. G. da B.N.L.

⁽⁶⁰¹⁾ Sobre os afloramentos desta ideia durante a crise de 1580, v. M. PAULO MERÊA, *A ideia de origem popular do poder nos escritores portugueses anteriores à Restauração*, cit., 229-46; HIPÓLITO RAPOSO, *Direito e doutores na sucessão filipina*, em “Brotéria” 27(1938) 5, 147; JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *Os juristas de França e a crise dinástica de 1580*, em “Bol. Fac. Dir. Cb.” 34(1958) 19-92; *Fontes de direito para a história da sucessão de Portugal*, *ibid.*, 35(1969) 92-229; também J. F. AIRES DE CAMPOS, CUNHA GONÇALVES, MÁRIO SOARES, N. E. GOMES DA SILVA e outros se dedicaram a este tema. Por último, com importantes indicações sobre aspectos e autores pouco tratados, LUÍS REIS TORRAL, *Ideologia política...*, cit.

⁽⁶⁰²⁾ Pela lei em vigor, pois, como veremos, que nunca se negou ao rei a faculdade de revogar as leis (com a possível limitação das leis feitas em cortes — cf., *infra*, 322 ss.).

⁽⁶⁰³⁾ Cf. DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, *Tractatus de donationibus regis*, cit., L.2.c.24, 43 ss. (*maxime* 53, 59), abonando-se em fontes anteriores (nomeadamente, BARTOLO, *Tract. de tyrannide*, S. TOMÁS, *De regim. princ.*,

Quanto ao segundo aspecto, enquanto que os reis reivindicavam para si a supremacia em relação às leis⁽⁶⁰⁴⁾, os juristas declaravam-nos, pelo contrário, adstrictos ao seu cumprimento; no entanto, na ordem dos factos, as duas posições acabavam por condizer largamente, uma vez que os próprios juristas admitiam que o cumprimento das leis era, para o rei, apenas um dever de consciência (*ex vi directiva*) e não um dever jurídico (*ex vi coactiva*)⁽⁶⁰⁵⁾. Nem mesmo as leis feitas em cortes obrigavam o rei, que apenas teria que as referir expressamente, quando as revogasse⁽⁶⁰⁶⁾.

Em face do que fica dito, o único limite efectivo dos poderes do rei era, então, o dos *direitos dos vassallos decorrentes de contrato estabelecido entre particulares ou com o soberano ou de privilégio por este concedido*, pois se entendia que o rei não podia modificar essas situações a não ser por utilidade pública manifesta ou com fundamento em erro seu mas provocado pela outra parte. Disto trataremos com maior desenvolvimento no capítulo seguinte.

8. Os direitos dos súbditos e as limitações ao poder real.

A concepção corporativa da sociedade e do Estado tem consequências diversas ao nível institucional.

A primeira delas é a *forma de conceber relações entre o soberano e os súbditos* e os seus *direitos e deveres respectivos*.

MOLINA, *De iust. et iure*, SUAREZ, *Advers. regn. angl.*). Todo este capítulo de D. A. PORTUGAL tem grande interesse do ponto de vista do direito constitucional do antigo regime, pois discute a questão da natureza e âmbito do poder real; cf., também, Lib.2, Cap.2.

⁽⁶⁰⁴⁾ Cf. *Ord. Afons.*, I, § 2 (“E pero que o rey tenha principalmente o regimento da maaõ de Deos, e assi como seu vigairo, e logotenente, seja absolto da observancia de toda a ley humana...”); cf., também, *Ord. Af.*, III, 31, I e *Ord. Man.*, II, 17, 18.

⁽⁶⁰⁵⁾ Cf. D. A. PORTUGAL, *Tractatus de donationibus...*, cit., L. II, c. 10, 18-24.

⁽⁶⁰⁶⁾ MANUEL A. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes*, cit., I, *ad. proem.*, gl. 108; *ib. d. X, ad Ord.* 2,35, *rubr.*, cap. 9, n.º 10 e 11 (p. 53); D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, cit., L. 2, c. 24, n.º 11. Sobre a revogação das restantes leis por actos individuais do rei, v. *infra*, 374 n.º 768. Note-se, todavia, que as cortes insistiam em que as leis de cortes só aí fossem revogadas e em que, não o sendo, o rei as observasse pontualmente (cf. pedido das Cortes de 1451, cit. por FORTUNATO DE ALMEIDA, *História de Portugal*, cit., vol. III, 73). Cf., ainda, M. PHAEO, *Decisiones...*, p. 2, d. 113.

8.1. A “constituição” com ordem natural e tradicional.

Embora a *causa eficiente* da sociedade fosse, mesmo para a teoria política do Antigo Regime, um pacto estabelecido entre os indivíduos (*pactum societatis*), não era deste facto — ao contrário do que hoje acontece — que arrancava a definição dos direitos e deveres respectivos do soberano e dos súbditos. Na verdade, constituída a sociedade, não só teriam ficado anulados quaisquer eventuais direitos originários dos indivíduos, como esta própria sociedade, dotada de fins globais e específicos, se emanciparia dos desígnios ordenadores dos celebrantes do pacto social e exigiria uma determinada ordenação funcional dos seus membros, da qual decorreriam os direitos e obrigações respectivos. Assim, não era a *causa eficiente* da sociedade (i.é, o pacto social), mas a *causa final* (i.é, as finalidades da vida social), a entidade que gerava os direitos de cada um.

Estas exigências finalistas da organização social constituíam, portanto, uma ordenação que decorria da própria *natureza* da sociedade, ordenação que assignava a cada qual um estatuto particular, integrado por um conjunto particular de direitos e deveres. Nestes termos, podia falar-se da origem natural dos direitos e deveres dos indivíduos, mas num sentido completamente diferente do de hoje. Enquanto que hoje se fala de direitos naturais dos indivíduos, no sentido de direitos individuais *independentes da concreta estrutura de uma sociedade histórica* (direitos “universais”) e *das determinações da ordem jurídica positiva* (direitos “naturais” ou “supra-positivos”), então falava-se de “direitos naturais” dos membros da sociedade, no sentido de direitos que decorriam a cada um da estrutura e finalidades histórico-concretas de uma determinada sociedade e do modo de integração dos indivíduos nessa sociedade (v.g., como “governante”, como “pai”, como “nobre”, etc.). Como corpo estruturado de certo modo e votado à consecução de determinados fins, cada sociedade tinha por natureza de assignar aos diversos indivíduos e corpos que a compunham certas tarefas particulares, cuja realização era garantida pela concessão de certos direitos e deveres⁽⁶⁰⁷⁾.

⁽⁶⁰⁷⁾ Formulação (embora um pouco tardia) desta ideia: “Daqui [i.é, da consideração da sociedade civil como pessoa moral] vem a correlação dos officios, que há entre os Imperantes, e subditos; porque huns e outros são

Esta ordem natural da sociedade objectivava-se na sua constituição tradicional, ou seja, na matriz de direitos e obrigações dos diversos membros e corpos sociais transmitida de geração em geração e contida nos direitos, foros, liberdades, privilégios do reino.

A função do soberano era, então, a de garantir esta ordem natural dos direitos e deveres (dos “ofícios” sociais), dando a cada um o que era seu (“*suum cuique tribuens*”), tarefa em que consistia — num plano mais teórico — o “fazer justiça”⁽⁶⁰⁸⁾ ou — num plano mais prático — o “guardar os foros, usos e costumes” (ou “guardar os direitos, privilégios, liberdades, graças e doações”)⁽⁶⁰⁹⁾.

Esta combinação do direito natural (as finalidades naturais da sociedade) e do direito positivo (os privilégios, liberdades, costumes) na fundamentação dos direitos respectivos dos soberanos e dos súbditos é um dos traços mais característicos do pensamento político do Antigo Regime. Através dela, a estrutura social tradicional (os foros, direitos e liberdades das ordens) é legitimada como correspondente a uma realidade natural que está acima da vontade do rei e das próprias ordens. A “constituição” (no sentido de lei fundamental da sociedade) é uma norma trans-histórica (é uma “tradição”, algo que é transmitido) e supra-voluntarística; daí que o poder “constituente” — ou seja, o poder de conformar juridicamente a sociedade e de estabelecer os direitos e deveres respectivos dos seus membros — não esteja ao alcance dos membros duma comunidade num certo momento histórico e, conseqüentemente, não possa ser assumido por uma qualquer assembleia. A constituição de uma sociedade — como a

membros da sociedade, e como tais obrigados a cooperarem para a conservação da sociedade, segundo seus diferentes officios” (FRANCISCO C. S. S. PAIO, *Prelecções de direito patrio publico, e particular...*, Coimbra 1793, I, 21, n. 6). Cf. ainda esta obra a ps. 41 s. Para um certo retomar desta ideia pelo pensamento jurídico moderno (ideia de “natureza das coisas”, “estruturas lógico-materiais”), v. F. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, cit., v. “índice remissivo”, sob as entradas referidas”.

⁽⁶⁰⁸⁾ Cf., *supra*, p. 143 ss.

⁽⁶⁰⁹⁾ São as fórmulas habituais dos juramentos régios. V. exemplos em J. J. LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsídios...*, cit., I, 31, 39, 180, 206, 254, etc. Também J. PINTO RIBEIRO (*Lustre ao Desembargo do Paço*, Coimbra 1729, I, 28, p. 7) diz que seria contra a justiça violar os foros do reino “hum dos quaes he, não se quebrantarem os uzos, e costumes delle”.

do corpo humano — decorre da natureza, manifestada pela tradição, e não da vontade dos homens, expressa num pacto constituinte. Daí que a problemática da constituição — *hoc sensu* — e do poder constituinte — como poder ordenador fundamental e superior ao poder legislativo ordinário — não tenha podido pôr-se enquanto permaneceu esta concepção naturalista da organização social e política.

Só mais tarde, quando se passa a entender que o *pactum societatis* incluía também decisões relativas à forma de organização social e ao regime político — e quando se passa, portanto, a entender que a estrutura da sociedade está na disponibilidade da vontade dos seus membros —, é que surge a ideia de que certas manifestações de vontade comunitária têm em vista alterar (ou confirmar) a estrutura fundamental da sociedade, constituindo, nestes termos, renovações do pacto social originário. É só então que se põe o problema da distinção entre poder constituinte e poder legislativo ordinário e entre lei fundamental e lei ordinária.

Entre nós, as ideias de *poder constituinte*, como poder de o monarca e povo alterarem as bases jurídicas da sociedade, e de *leis fundamentais* — como leis (portanto, actos de vontade), embora de hierarquia superior, sobre os fundamentos da ordem política às restantes — são geralmente desconhecidas da teoria política anterior ao último quarto do séc. XVII. Apenas uma projecção sobre o passado de conceitos posteriores autoriza a que se considerem como de natureza “constitucional”, no sentido contemporâneo, certos actos políticos ou legislativos anteriores a esta época. Como, por exemplo, as fórmulas dos juramentos reais — em que não se estabelecia um pacto político novo (constituente) mas apenas se reafirmava a validade de *todo* o direito, geral ou particular, tradicional do reino⁽⁶¹⁰⁾ — ou a por alguns chamada “proto-constituição” estabelecida pelas cortes de 1438, a propósito dos poderes da regente — onde apenas se garantia, através duma minuciosa regulamentação dos poderes da regência durante a menoridade do rei, a salvaguarda da constituição tradicional do reino (e do equilíbrio de poderes que ela conjunturalmente assegurava)⁽⁶¹¹⁾.

⁽⁶¹⁰⁾ V. as fórmulas de juramentos mais importantes em J. J. LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsídios...*, cit., I. A misc da Bibl. Un. Coimbra 677 contém uma colecção de autos de juramentos de Filipe I a D. José I.

⁽⁶¹¹⁾ V. as principais peças documentais, J. J. LOPES PRAÇA, *Collecção...*, cit., I, 68 ss.; comentário em F.-P. ALMEIDA LANGHANS, *Estudos de direito*, Coimbra 1957, 266 ss. Que só se pretendia garantir a observância da

O primeiro sinal de reconhecimento aos órgãos do poder de faculdades constituintes parece-nos ser constituído pelas referências à lei fundamental feitas nas cortes de 1679, referências segundo as quais existem “leis fundamentais” (no caso, as das pretensas cortes de Lamego), destinadas a “perpetuar a Monarchia, e Coroa destes Reynos”, que só poderiam ser “estabelecidas”, “declaradas”, “dispensadas” e “derrogadas” — mas que o poderiam ser — pelos “Três Estados do Reyno, que representão o Corpo universal delle, junto em Cortes, para esse fim convocadas”⁽⁶¹²⁾. De forma ainda mais explícita, a lei de 12.4.1698 — que formaliza as decisões das Cortes de 1698 sobre a sucessão no trono dos filhos do rei que suceda a irmão sem descendentes — reconhece como necessário o consentimento das cortes para a alteração da lei fundamental⁽⁶¹³⁾.

A questão da existência ou não de leis fundamentais (e, portanto, de um poder constituinte *in habitu*) será o principal objecto da polémica entre Pascoal de Melo e António Ribeiro dos Santos acerca do “Novo Código”; este último, a querer abrir a nova colecção de leis pelas “leis fundamentais” — que ele, um pouco tradicionalmente, identificava com os “costumes geraes e notorios que interessam o Corpo da Nação”, bem como com as leis fundamentais escritas (Cortes de Lamego, Cortes de Lisboa de 1679 a 1698) — e a querer fixar a sua autoridade (sobre os povos e sobre o rei) e competência para as alterar (cortes, opinião apenas sugerida); o primeiro restringindo as leis fundamentais às normas de sucessão da coroa estabelecidas nas cortes de Lamego e às alterações introduzidas pelas Cortes de 1698 e negando a existência nos povos de qualquer poder constituinte actual (já que o rei herdara o reino por conquista e sucessão)⁽⁶¹⁴⁾.

constituição tradicional e limitar os poderes da regência e não vincular o futuro rei a uma nova matriz de organização política e social, mostra-o o teor das ressalvas feitas quanto à inaplicabilidade do *Regimento do reino* ao futuro governo do rei. A confusão historiográfica vem de que, hoje, normas com aquele conteúdo (definição da estrutura e funções dos órgãos superiores do Estado) são consideradas de nível constitucional.

⁽⁶¹²⁾ V. J. J. LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsídios...*, I, 286-291. É aqui nítida já a influência das ideias contratualistas sobre a natureza do poder constituinte.

⁽⁶¹³⁾ V. J. J. LOPES PRAÇA, *Collecção...*, cit., 299-301; já no decreto de convocação das cortes o rei reconhecia o consentimento das cortes como “necessário para a validade, e firmeza” da alteração das leis de Lamego (cf., *ibid.*, 298).

⁽⁶¹⁴⁾ Cf. *Censura do D.or António Ribeiro dos Santos sobre o Plano do Novo Código de Direito Publico de Portugal, com a Resposta do D.or Pascoal Jozé de Mello*, Ms. n.º 3094 da Bibl. Fac. Dir. Coimbra; impresso PASCOAL J. MELO FREIRE, *Novo Código de Direito Público*, Coimbra 1844, 2; sobre a discussão, F. P. ALMEIDA LANGHANS, *António Ribeiro dos Santos e o “Novo Código de Portugal”*, “B M J” 78(1958) 187-268. Note-se que o absolutismo e

8.2. O carácter concreto e particular dos direitos dos subditos.

Se a constituição da sociedade era uma ordem fundada na natural divisão das tarefas sociais, tal como esta divisão resultava da tradição, o estatuto jurídico-político de cada um era um estatuto *concreto*, concretização esta que se manifestava em vários planos.

Por um lado, o estatuto jurídico-político de cada um decorria das suas funções objectivas na sociedade. Correspondo — pelo menos teoricamente — as funções aos “estados”, o estatuto (os direitos e deveres) de cada um era, afinal, o do “estado” a que pertencia; não havia, neste sentido, direitos *individuais* (direitos do indivíduo ou do cidadão, *em geral*), mas apenas direitos *corporativos* (i.é, direitos dos membros de um corpo particular).

Por outro lado, estando a ordem natural da sociedade manifestada na sua tradição histórica e depositada no direito positivo tradicional (costumes, foros, liberdades, privilégios), não eram, na prática, reconhecidos direitos que não estivessem contidos numa norma jurídica positiva concreta. Direitos “naturais” — no sentido de que decorriam directamente de comandos supra-positivos e de que eram, portanto, independentes das ordens jurídicas concretas e válidos em qualquer comunidade humana — não surgem no pensamento jurídico-político do Estado de ordens, sendo apenas fruto de concepções jurídicas fundadas na consideração de uma imutável natureza do indivíduo (e não na consideração da diversidade e historicidade da organização jurídico-política das comunidades humanas concretas).

voluntarismo de Pascoal de Melo (um conservador) está mais longe das ideias constitucionais do Antigo Regime do que o “constitucionalismo” de António Ribeiro dos Santos. A expressão “lei fundamental” vulgarizou-se no período do despotismo esclarecido, sendo utilizada para as simples leis ordinárias (o que é significativo da ideia de que a vontade do rei, como quer que fosse expressa, constituía lei fundamental) — cf., v.g., leis de 7.4.1775, 24.10.1796. Sobre as “leis fundamentais” v. vários esboços de ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS (preparatórios ou ligados à polémica anterior), no Códice 4668, do F.G., da B.N.L.; e, ainda, J. TELLO MAGALHÃES COLLAÇO, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis*, Coimbra, 1915; M. PAULO MERÊA, *O poder real...*; cit.; FRANZ-PAUL ALMEIDA LANGHANS, *Fundamentos jurídicos da monarquia portuguesa*, cit.

Mas o carácter concreto da ideia de direitos dos súbditos decorre ainda da precariedade da garantia dos direitos concedidos por uma norma geral e abstracta que podia, pelo menos no plano prático, ser derogada, violada ou dispensada pelo soberano⁽⁶¹⁵⁾. Daí que a protecção máxima dos direitos apenas se obtinha quando estes nasciam dum acto normativo concreto e individual — como um contrato, um privilégio, uma doação, uma sentença⁽⁶¹⁶⁾.

O Estado de ordens era, assim, um Estado “de direitos” — i.é, um Estado que reconhecia e garantia direitos particulares e concretos reconhecidos pela ordem jurídica positiva; mas não um Estado “de direito” — i.é, um Estado que reconhecesse, em abstracto, direitos criados pela lei geral ou até por normas universais de carácter pré-positivo.

Tudo isto se reflecte no problema dos limites do poder do rei e dos direitos dos súbditos em relação ao soberano.

8.3. As limitações do poder.

É muito rica e bastante facetada a teoria tardo-medieval e moderna sobre a origem e os limites do poder real. Ela constituiria, por isso, um capítulo importante e complexo numa história do pensamento político. Na economia deste curso — sobretudo voltado para os aspectos institucionais — teremos que nos bastar com uma breve referência aos aspectos filosófico-políticos⁽⁶¹⁷⁾ e de destacar sobretudo as concretizações (ou eventuais infirmações) das ideias e das relações de poder no plano das instituições jurídicas.

A questão dos limites do poder fora arduamente discutida pelos juristas desde os fins da Idade Média.

⁽⁶¹⁵⁾ V. *infra*, 323 ss.

⁽⁶¹⁶⁾ V., *infra*, 323 ss. Sobre os direitos dos particulares na constituição do antigo regime, v. O. BRUNNER, *Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft*, cit. Sobre a identificação, típica do sistema político corporativo (e do sistema do direito comum), entre *direito* e *documento* (i.é., materialização-concretização do direito — daí aquilo a que E. Lousse e G. de Lagarde chamaram a “religião da carta”), R. AJELLO, *La rivolta contro il formalismo*, em “Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano”, Napoli 1977, nota 30.

⁽⁶¹⁷⁾ Para indicações bibliográficas, cf., antes, n. 571.

Na base da discussão estavam os textos discordantes existentes a este propósito nas fontes romanísticas. Dum lado, textos que proclamavam que a vontade do príncipe valia como lei e que, portanto, este estava liberto da obediência às leis⁽⁶¹⁸⁾; doutro lado, textos que punham como limite às leis e aos rescriptos imperiais os direitos dos particulares e, portanto, a ordem jurídica pré-existente⁽⁶¹⁹⁾. A partir daqui — e na esteira das correntes que, a partir dos inícios da idade moderna, começavam a defender as vantagens e legitimidade dum poder real absoluto⁽⁶²⁰⁾ — surgiram duas correntes na construção dogmática das relações entre o poder e os súbditos. A primeira — a que aderiram alguns nomes sonantes das escolas jurídicas medievais, como, v.g., Baldo e Ângelo⁽⁶²¹⁾ — defendia o carácter pleno e absoluto do poder real. Baldo definia este poder absoluto dos reis como um “poder pleno” ou “arbitrio”, liberto de qualquer sujeição e de qualquer limitação pelas normas do direito público (“plenitudo potestatis, seu arbitrio, nulli necessitati subjecta, nullisque juris publici limitata”, in *Cod.*, l. 2, n. 40, *de servit. & aq.* [C.3.34.2]). Mas distinguia duas manifestações do poder real, a *potestas ordinaria* — que se exercia em conformidade; com a lei — e a *potestas extraordinaria* — que se exercia mesmo em oposição à lei⁽⁶²²⁾.

A segunda corrente — mais cara aos juristas peninsulares e, nomeadamente, portugueses⁽⁶²³⁾ — que, partindo da ideia de que

⁽⁶¹⁸⁾ Os principais textos são *Inst.* 1,6,1; D. 1,3,31; e D. 1,4,1.

⁽⁶¹⁹⁾ Os principais textos são D. 2,2,1; D. 40,11,3 e 4; C. 1,44,4; C. 1,19,2/3/7; C. 1,22,6; C. 2,4,16; C. 7,50,3.

⁽⁶²⁰⁾ Sobre isto, em síntese, J. TOUCHARD, *História das ideias políticas*, trad. port., Lisboa 1970, vol. 3; Q. SKINNER, *The foundations of modern political thought*, Cambridge 1979, 2 vols.

⁽⁶²¹⁾ Sobre o pensamento político dos juristas tardo-medievais, as indicações bibliográficas dadas em M. SBRICOLI, *L'interpretazione dello statuto...*, cit., 34 n. 32., p. 38 n. 41.

⁽⁶²²⁾ Sobre a distinção entre *potestas ordinaria* e *potestas extraordinaria* e sua origem (em Baldo, baseado sobretudo na canonística — Sinibaldo da Fieschi e Hostiense), v. D. WYDUCKEL, *Princeps...*, cit., 81; a fonte em Baldo é *In primum codicem librum praelectionis*, Lugduni 1556, l. 14,4 pr., fol. 58 v.

⁽⁶²³⁾ V.g., AIRES PINHEI., *De rescindenda venditione*, p. 1, c. 2, n. 24-5; A. VALASCO, *De jure emphyteutico*, q. 3., n. 10; J. CABEDO, *Decisiones*, p. 1, d. 12., n. 9; indicação de outros autores desta corrente em D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, l. 2, c. 2.

o poder é um *ofício* e de que os reis são, na terra, os vigários de Deus, encarregados de governar os povos de forma *honesta* e *justa*, defende o carácter necessariamente limitado do poder, quer mesmo do do imperador, quer do dos reis não sujeitos ao Império e de outras entidades políticas “qui superiores non recognoscent”.

Para esta corrente dogmática, o poder não pode ser exercido contra a ordem jurídica positiva nem contra os direitos de terceiros. A intenção das instituições políticas era, como já se viu, a realização da justiça e, esta — também já o vimos — era considerada como o respeito pela ordem natural da sociedade, positivada no direito tradicional. Daí que o príncipe viole o seu “ofício” se agir contra os ditames da moral política e do direito positivo ou, o que é o mesmo, contra os direitos dos súbditos⁽⁶²³⁾.

Esta última corrente aceita, é certo, a distinção entre *potestas ordinaria* e *potestas extraordinaria*, reconhecendo que o próprio fim do governo — o “bem comum”, a “conservação do todo” — pode exigir a derrogação do direito positivo comum (através da sua dispensa ou do estabelecimento dum “direito particular” ou privilégio), das imunidades e direitos dos particulares, ou mesmo dos preceitos do direito natural ou das gentes⁽⁶²⁴⁾. Em todo o caso, ainda neste caso haveria certas limitações ao arbítrio real. A primeira, era a de que a intenção do príncipe de utilizar a sua *potestas extraordinaria* não se presumia e devia transparecer abertamente dos seus actos (sob pena de estes, não o patenteando, serem impotentes contra o direito estabelecido)⁽⁶²⁵⁾. A segunda era a de que não era qualquer interesse público, mas apenas interesses fundamentais da sociedade — “salus, & utilitas publica, necessitas, aut iustitiae ratio” (no que se não compreendiam, por exemplo, os meros apuros do tesouro)⁽⁶²⁶⁾, que justificava o recurso à *potestas*

⁽⁶²³⁾ Sobre isto, em geral, todo o capítulo de D. A. PORTUGAL, *De donationibus...* (1. 2. c. 2.); e M. A. PEGAS, *Commentaria...*, T. 2, ad. Ord. 1. 3; gl. 96, caps. 2 e 3.

⁽⁶²⁴⁾ D. A. PORTUGAL, loc. cit., n. 16; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 2(O. 1.3) gl. 96, c. 3, n. 9.

⁽⁶²⁵⁾ D. A. PORTUGAL, loc. cit., n. 25. Sobre as cláusulas através das quais o rei expressaria a sua intenção de utilizar a *potestas extraordinaria*, v. *supra*, 296.

⁽⁶²⁶⁾ V. *infra*, al. d).

extraordinaria. A terceira era a de que, mesmo nestes casos, a actuação do poder estava limitada pela equidade, pela boa fé e pela recta razão (“aequitatē, recta ratio... pietate, honestitate, & fidei data”), sem o que o seu exercício seria equiparado a tirania, legitimando a prossecução do rei em juízo, a rebeldia e, até, o assassinato⁽⁶²⁷⁾. Discutido era já se, ofendidos os direitos dos particulares pelo exercício da *potestas extraordinaria*, o lesado deveria ou não ser indemnizado.

Este primeiro esboço, permite-nos agora, de forma mais detida, examinar os vários planos da limitação do poder.

a) As limitações decorrentes da moral positiva e do direito divino.

A doutrina comum entre os juristas é a de que o poder (o rei, o príncipe) está limitado pelo direito divino e pela moral, mesmo quando se utilize a *potestas extraordinaria*⁽⁶²⁸⁾. No domínio da prática, a sanção da violação deste limite era, no entanto, pouco efectiva, já que ele apenas se impunha *vi directiva* (ou seja, no plano da consciência), embora a sua violação pudesse vir a ter relevo externo nos termos da doutrina da “tirania”, já antes referida.

Em todo o caso, importa salientar dois factos. O primeiro é o de que os direitos concretos da Igreja e dos clérigos (que a doutrina incluía frequentemente no âmbito do direito divino) se impunham *vi coactiva* ao poder temporal, podendo ser-lhe opostos no plano jurídico-positivo e não apenas no plano da ordem moral; isto implicava que tais direitos gozavam duma tutela jurisdicional⁽⁶²⁹⁾.

O segundo facto é o de que o direito divino e a ordem moral constituíam um dos elementos de interpretação dos actos do poder, pois se presumia que o príncipe fosse justo e bom⁽⁶³⁰⁾;

⁽⁶²⁷⁾ Em sentido negativo, D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, 1. 2, c. 2, n. 22.

⁽⁶²⁸⁾ Por todos, D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, 1. 2, c. 2, n. 16; 1. 2, c. 11, n. 1.

⁽⁶²⁹⁾ Cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 8 (ad O. 2.16), gl. 2, n. 1. Cf. O.F., 1.2.4. Sobre o regime especial das doações régias à Igreja, cf., *supra*, 289.

⁽⁶³⁰⁾ Cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 2 (ad O., 1.3) gl. 96, c. 2, n. 15.

daqui decorria a tendência doutrinal para efectuar uma interpretação limitativa ou correctiva da vontade do príncipe, sempre que esta contendesse com os preceitos da moral ou do direito divino⁽⁶³¹⁾, assim se introduzindo, portanto, um limite — pelo menos, *de facto* — ao poder.

b) *As limitações postas pelo direito natural e das gentes.*

O direito natural (quer o direito natural “primitivo”, comum a todos os animais, quer o direito natural “secundário”, observado por todas as nações, também denominado “direito das gentes”) limitava também — *vi directiva*, mas não *vi coactiva* — o poder, embora se admitisse já que o exercício da *potestas extraordinaria* podia afastar os preceitos naturais⁽⁶³²⁾.

As limitações efectivas — ou seja, no plano da ordem jurídica positiva — eram, aqui, ainda menores.

Para além da já referida limitação em sede de interpretação (cf. *supra*, p. 319), apenas há que chamar a atenção para o facto de que a ordem jurídica “natural” estava intimamente ligada à constituição da sociedade e do poder e à ordem jurídica “tradicional”, já que — como se disse — a constituição natural da sociedade radicava na “natureza” da organização social e se manifestava através da sua tradição jurídica e política.

Assim, por um lado, o poder estava limitado pela “natureza” da sua função na sociedade. A natureza do poder — ou seja, a natureza do *officium regis* — impunham que ele se exercesse de certa forma, nomeadamente que monopolizasse certas prerrogativas e funções soberanas, não permitindo a sua dispersão ou partilha; a estas prerrogativas e funções chamava a doutrina *regalia maiora*. A limitação que daqui decorria dizia respeito, precisamente, à proibição de alienação destes “direitos reais”⁽⁶³³⁾.

(631) Como acontecia, de resto, sempre que a vontade do príncipe contradissem o direito natural ou o direito comum. Cf., por todos, D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, I. 2, c. 10, n. 38, 122 (tb. I. 2, c. 2, n. 16).

(632) Sobre o direito natural como instância de limitação ao poder do príncipe no pensamento grego, romano, medieval e moderno, D. WIDUCKEL, *Princeps legibus solutus*, cit., 59 ss.; cf. também, J. A. MARAVALL, *Estado moderno...*, cit., I, 287 ss.

(633) A enumeração das “regalia” (“direitos reais”) está feita numa constituição de Frederico II incluída nos *Libri Feudorum*, anexos medievais do *Corpus iuris* (*Libr. Feud.*, 2.56 — “Quae sint regalia”). Entre nós, existem

Assim — e seguindo a enumeração de DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, no seu *Tractatus de donationibus regis*, verdadeiro tratado de direito constitucional da época, o rei não podia alienar a soberania (I. 2, c. 2, n. 5), as insígnias reais (I. 2, c. 5), o reino (I. 2, c. 3)⁽⁶³⁴⁾, o poder de conceder jurisdições (I. 2, c. 6), a jurisdição suprema (I. 2, c. 8, n. 13/14) — traduzida sobretudo nos direitos de julgar em apelação e de criar tribunais colectivos (Relações) (I. 2, c. 8, n. 43/4), de perdoar crimes (I. 2, c. 18, mas não a responsabilidade civil para com a vítima), de renovar a instância (I. 2, c. 20), de conceder revistas (I. 2, c. 21), de conceder cartas de segurança (I. 2, c. 32) —, o poder de fazer leis (I. 2, c. 10), o poder de criar universidades (I. 2, c. 22), o poder de criar feiras (I. 2, c. 23), o poder de convocar cortes (I. 2, c. 24), o poder de impor tributos (I. 2, c. 24, n. 79 ss., embora, entre nós a doutrina entendesse — algo contraditoriamente — que os povos tinham adquirido o direito de consentir nos tributos, ou por posse

enumerações medievais dos direitos reais (cf., *supra*, 146); mais tarde, a tradição medieval foi recolhida e ampliada nas *Ordenações Afonsinas* (2.24 — enumeração que a doutrina considera não exaustiva). A doutrina distingue entre *regalia maiora* — direitos que competem ao rei em sinal de “poder e jurisdição supremos” (D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, I. 2, c. 1, n. 16) — e *regalia minora* — direitos que competem ao rei “em razão do seu domínio universal ou em sinal de submissão” (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 9 [O.2.28] ad Rubr. n. 87 ss.) ou, acolhendo outra definição, que “dizem apenas respeito aos proventos fiscais e aos frutos patrimoniais” (D. A. PORTUGAL, *De donat.*, ibid., n. 19). A principal característica dos primeiros é a sua inseparabilidade da pessoa do rei (“*ossibus principis adhaerent*”). Quanto aos segundos, alienáveis, não o podem contudo ser senão expressamente; esta é a doutrina do direito comum (por todos, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9 [O. 2.28, Rubr.] gl. 1, n. 87) e também o preceito da lei nacional (O.A., 2.40). Sobre o assunto, v. *supra*, 294 ss. Em geral sobre a evolução (sobretudo medieval) do conceito de *regalia*, H. THIEME, *Die Funktion der Regalien*, em “Z. d. Savigny-St., G.A.”, 62(1942) 57 ss.; I. OTT, *Der Regalienbegriff im 12 Jahrhundert*, em “Z. d. Sav. St. Kan. A.” 66(1945) 234 ss.; G. ASTUTI, *La formazione dello stato moderno in Italia*, I. Torino 1967, 50. A evolução posterior do conceito de *regalia* acompanha a evolução do conceito de soberania (cf. Th. MAYER, *I fondamenti dello stato moderno tedesco*, em E. ROTELLI e P. SCHIERA, *Lo stato moderno...*, cit., 31 s.). Para o conceito de “direitos reais” no nosso Estado iluminista, ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, papéis sobre “direitos reais”, em Cód. BNL 4670, 4677.

(634) Isto concretizava-se em duas limitações: a primeira, a de não poder alterar a ordem sucessória estabelecida pela constituição tradicional do país; a segunda a de não poder dividir o reino. Próximas, as limitações de não poder alienar parte do reino em grave prejuízo do reino (cf. I. 2, c. 4., n. 4/5, 8), salvo se para evitar perda maior; de não poder diminuir, em grave prejuízo, as rendas ou direitos patrimoniais da coroa (*regalia minora*, cf. I. 2, c. 3, n. 61); e de não poder alienar cidades ou vilas sem reservar para si o poder de soberania (I. 2, c. 4, n. 12/14).

imemorial, ou por pacto com D. Afonso Henriques, *ibid.*, n. 85), o direito de cunhar moeda (l. 2, c. 25), os poderes de condução da política externa — declarar a guerra (l. 2, c. 26), enviar embaixadas (l. 2, c. 35) c. 35) — e o direito de conhecer das causas eclesiásticas (l. 2, c. 34).

Por outro lado, o poder estava limitado, nos termos em que já o referimos, pela natureza ou constituição da sociedade, manifestada pela tradição. Esta constituição, que se considerava manifestar uma ordem natural, concretizava-se, no entanto, na ordem jurídica positiva — costumes, leis, privilégios, jurisdições particulares e outras situações tuteladas pelo direito positivo. Nestes termos, os limites postos ao poder por esta ordem jurídica natural coincidem, afinal, com os limites postos ao poder pela ordem jurídica positiva⁽⁶³⁵⁾.

c) As limitações postas pela lei.

A doutrina comum é a de que o soberano é obrigado *in conscientia* a obedecer às leis postas ou por si ou pelos seus antecessores. Na justificação deste princípio confluíam tanto alguns textos do *Corpus iuris* (que, como vimos, não era, no entanto, unívoco a este respeito), como a teologia moral dominante (S. Tomás, De Soto, Francisco Suarez), como ainda variadíssimos tópicos históricos (sobretudo da história clássica), retóricos (v.g., a semelhança entre *rex* e *lex*) e escriturais (v.g., a submissão de Cristo-Deus-Legislador à lei mosaica quanto à circuncisão)⁽⁶³⁶⁾.

⁽⁶³⁵⁾ Sobre os limites postos ao poder pelas jurisdições dos corpos, cf. *supra*, 215 ss.; também a jurisdição de um ofício (a sua competência reservada) decorria da tradição, conforme nos diz D. A. PORTUGAL — “officium censetur concessum juxta consuetudinem, possessionem in qua fuerunt antecessores” (*De donat.*..., l. 2, c. 13, n. 153); da tradição (“estilo” e, até certo ponto, “uso”) decorria ainda o âmbito das doações de jurisdições; cf. *supra*, *ibid.* e J. PINTO RIBEIRO, *Lustre ao Desembargo do Paço*, I, 30; J. CABEDO, *Decisiones*..., d. 16, n. 2.

⁽⁶³⁶⁾ Cf., por todos e com a argumentação mais comum, D. A. PORTUGAL, *De donationibus*..., l. 2, c. 10, n. 19 ss.; M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 2 (O. 1.3), gl. 20, ns. 28 ss.; t. 10 (O.2.35), c. 9, n. 7; t. 11 (O.2.35) c. 127, n. 6, c. 250, n. 2-4. Cf. ainda, vol. I, p. 407 e 424 n. 2. Sobre o tema, cf. JOSÉ LUÍS BERMEJO, *Principios y apotegmas sobre la ley y el rey en la baja edad media castellana*, “Hispania” 35 (1975) 32-47.

Este dever de obediência às leis, operando *vi directiva* e não *vi coactiva*, não era sancionado por sanções temporais, mas apenas espirituais. Mas, mais do que isso, ele continha certas limitações. Por um lado, certas leis — aquelas que não convinham à dignidade real (como, v.g., as pragmáticas sobre vestuários) — não se impunham ao rei nem sequer *vi directiva*⁽⁶³⁷⁾. Por outro lado, o dever de obediência não tolhia a faculdade de revogar as leis ou de as dispensar em casos particulares, quando isso fosse justificado pela equidade ou pelo bem comum⁽⁶³⁸⁾.

d) As limitações postas pelos direitos adquiridos ou radicados

Era neste plano que se colocavam as verdadeiras limitações práticas ao poder, como antes vimos; nisto se justificando a caracterização, antes avançada, de “Estado de direitos”.

A doutrina distingue, desde logo, direitos adquiridos (*iura radicata* ou *acquisita*) de simples expectativas (*iura non acquisita*)

⁽⁶³⁷⁾ Cf. D. A. PORTUGAL, *loc.cit.*, n. 23.

⁽⁶³⁸⁾ D. A. PORTUGAL, *loc.cit.*, n. 25. A revogação ou dispensa das leis feitas em cortes ou dos preceitos das *Ordenações* devia ser expressa (cf. autores *cits.*, *infra*, 374). Quanto à dispensa do restante direito (por rescripto, ou seja, acto individual do soberano), apesar de teoricamente possível, estava rodeada de certos requisitos formais que, na prática, a tornavam menos eficaz, limitando, portanto, o poder. Assim, a doutrina distinguia entre a *dispensa ou privilégio que produzia um prejuízo gravíssimo a terceiro* — e que, portanto, não era hábito conceder — e aquele *corrente e que não ofenda interesses graves de terceiro*. No primeiro caso, exigia-se não só a invocação expressa, por parte do soberano, de uma *justa causa*, como ainda que o beneficiário provasse que tinha havido uma efectiva e *esclarecida* vontade de aceitar o prejuízo de terceiro (já que se presume que, nestes casos, houve um vício de vontade — espontâneo ou provocado — por parte do soberano, o que dava lugar à anulação do acto por *obreção* ou *subreção*). Estas limitações ao princípio da liberdade de dispensa do direito, para os casos de ofensa grave de direitos, revelavam-se frequentemente inultrapassáveis; os juristas e os tribunais, na verdade, tendiam a ser muito exigentes no plano da interpretação e validação dos rescritos que dispensassem o direito gravemente ofensivo de direitos adquiridos. Sobre tudo isto, M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 2 (O.1.3) gl. 96, c. 3, n. 1 ss. Sobre as cláusulas tendentes a afastar a possibilidade de embargo por obreção e subreção, v., *supra*, 296. V. ainda, sobre o tema, D. WIDUCKEL, *Princeps legibus solutus*..., cit., 80; E. CORTESE, *La norma giuridica*..., cit., II, 56 ss.; J. BIRDSALL, “*Non obstante*”. *A study of the dispensing power of english kings*, “Essays in history and political theory of Charles Howard Mc Ilvain”, Cambridge 1936, 37-76.

ou *acquirenda*)⁽⁶³⁹⁾. Apenas os primeiros constituíam limites ao poder, não apenas no plano da consciência — como acontecera na generalidade dos limites anteriores —, mas também no plano jurídico-constitucional⁽⁶⁴⁰⁾.

Os direitos adquiridos dos súbditos podem decorrer de várias situações.

Em primeiro lugar, do *dominium* de que os particulares dispunham sobre as suas coisas, pois se entendia que os poderes que o soberano tinha sobre os bens dos súbditos não configuravam a categoria de um *dominium eminens* (que o transformasse num seu comproprietário com poderes de disposição), sendo antes simples poderes de jurisdição⁽⁶⁴¹⁾.

Em segundo lugar, o contrato estabelecido entre o soberano (ou seus antecessores) e o súbdito; contrato que se entendia obrigar o príncipe, salvas as restrições que veremos a final⁽⁶⁴²⁾.

Em terceiro lugar, os *privilegios* contratuais concedidos em virtude de um serviço prestado ou a prestar pela outra parte

⁽⁶³⁹⁾ Cf., entre nós, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 10 (O.2.35) c. 2, n. 21; a propósito da legitimação *per rescriptum principis* de um filho espúrio (facto que prejudicava as expectativas dos legítimos à herança).

⁽⁶⁴⁰⁾ Assim, as faculdades ou direitos meramente estabelecidos na lei eram, antes de um acto que os radicasse num particular, meras expectativas; neste sentido — e também porque a lei não obrigava *vi directiva* — não existiam (como hoje existem) direitos individuais directamente decorrentes da lei. Em contrapartida, os direitos adquiridos em virtude de facto jurídico individual importavam dispensa da lei. Cf. D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, 1.2, c. 2, n. 18.

⁽⁶⁴¹⁾ Sobre o assunto, com maior desenvolvimento, A. M. HESPANHA, *O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa-liberal em Portugal*, Lisboa 1979/80, ed. pol., 62 ss.; exemplo de questão em que o problema se punha: a expropriação por utilidade pública ou particular (cf., com jurisprudência sobre o assunto, M. PHAEO, *Decisiones...*, p. 2, Aresto 6; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7, p. 638 ss.).

⁽⁶⁴²⁾ Na justificação da validade dos contratos firmados pelo príncipe confluem razões de ordem prático-política — manter a credibilidade junto das suas fontes de financiamento (nomeadamente junto dos grandes banqueiros internacionais desta época) — com razões dogmáticas e da teologia moral. Cf. D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, 1.2, c. 11, ns. 8 ss. Sobre a doutrina da vinculabilidade do príncipe pelos contratos (defendida pela primeira vez, de forma expressa, pelo comentador Guido de Suzeria — 2.ª metade do séc. XIII —, embora com raízes nos glosadores), D. WYDUCKEL, *Princeps...*, cit., 83 ss e lit. aí citada; onde se destaca também a contribuição que esta teoria recebeu do próprio direito feudal (já que o contrato feudal era um pacto gerador de obrigações também para o senhor).

(*privilegia ob benemerita* ou *remuneratoria*), salvo se concedidos contra o *ius publicum* ou a *publica utilitas*)⁽⁶⁴³⁾.

Em quarto lugar, os testamentos; que, salvo no exercício da *potestas extraordinaria* (v. *supra*, p. 317 s.), não podiam ser mudados⁽⁶⁴⁴⁾.

Em quinto lugar, a sentença, pois se entendia que o príncipe não pode prejudicar o direito adquirido em juízo, revogando, alternando ou suspendendo as sentenças⁽⁶⁴⁵⁾.

Como já antes se disse, os limites postos ao poder pelos direitos adquiridos por qualquer destes vários modos não eram absolutos.

Por um lado, porque o príncipe sempre tinha a faculdade de revogar ou rescindir os contratos injustos ou imorais⁽⁶⁴⁶⁾; o que — com a latitude de interpretação que esta regra permite — prejudicava já em larga medida a eficácia dos direitos dos súbditos.

Por outro lado, os direitos adquiridos não prevaleciam contra a *potestas extraordinaria* do soberano, embora fosse certo que a invocação desta potestas só era legítima sob certas condições — a existência de uma razão de *suprema utilidade pública*, *evidentemente superveniente* ou *anteriormente ignorada*⁽⁶⁴⁷⁾.

⁽⁶⁴³⁾ Cf. D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, 1.2, c. 2, ns. 54 ss. O caso típico de privilégios contratuais são os contratos fiscais, em que se concede aos contratadores a faculdade de cobrar rendas reais contra o pagamento de certa soma. Mas também nas doações régias, o rei raramente deixa de invocar os serviços que recebeu ou esperava receber do beneficiário.

⁽⁶⁴⁴⁾ Cf. D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, 1.2, c. 2, ns. 61 ss. O caso a propósito do qual esta questão se punha era o da modificação pelo rei (ou pela lei, cf. O.F., 4,100,5 ss.) da ordem de sucessão dos morgados estabelecidos pelo instituidor (cf., *ibid.*, n. 79 ss.).

⁽⁶⁴⁵⁾ Cf. *Regimento do Desembargo do Paço* (no final do Livro I das *Ordenações Filipinas*), n. 11; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7 (ad Reg. Sen. Pal.), c. 20, n. 2 ss. (“*nihil enim magis odiosum, & contra ius censetur, quam rescribere adversus sententiam, quam in rem judicatam transivit, & executionem illius suspendere*”). Ilustração: considerava-se que a parte ofendida adquirira um direito à punição do réu, sempre que este tivesse sido condenado por sentença com trânsito em julgado. Logo, o rei não podia exercer, nestes casos, a sua faculdade de perdoar sem que se tivesse obtido previamente o perdão da parte (cf. MENDES DE CASTRO, *Practica lusitana...*, cit., t. 2, l. 1, c. 2, n. 20 e M. BARBOSA, *Remissiones doctorum...* (ad O.F., 1,3,4), n. 2).

⁽⁶⁴⁶⁾ D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, 1.2, c. 2, n. 25.

⁽⁶⁴⁷⁾ A doutrina faz grandes exigências quanto à natureza da razão relevante para legitimar a ofensa de direitos adquiridos — tem que ser uma

Regimes especiais quanto à oponibilidade ao poder de direitos adquiridos são os dos *direitos decorrentes de doações régias submetidas à Lei Mental* (O.F., 2,35; cf. ainda 2,36-8)⁽⁶⁴⁸⁾ e os decorrentes de *nomeação para ofício público*.

Para além das especialidades do regime das doações régias em relação ao regime geral das doações⁽⁶⁴⁹⁾, as doações régias de bens sujeitas à Lei Mental estavam sujeitas a confirmações periódicas. O facto da confirmação não altera, no entanto, substancialmente o regime geral, já que a confirmação se destinava mais a verificar o título de posse do donatário e a observância da ordem sucessória estabelecida pela Lei Mental, do que a reapreciar a oportunidade da doação⁽⁶⁵⁰⁾. Assim, o princípio geral é o de que o soberano não é obrigado a confirmar as doações *puramente gratuitas*, antes as podendo revogar e alterar *pro libito*⁽⁶⁵¹⁾. Já quanto às doações *remuneratórias* ou *onerosas*, a doutrina dominante entende — nos trilhos da doutrina, anteriormente exposta, quanto aos privilégios remuneratórios — que o rei, utilizando a sua *potestas extraordinaria*, só as pode alterar com *justa causa* (nomeadamente, por serem gravemente danosas para a coroa e para os sucessores do soberano) e em virtude do *facto superveniente*⁽⁶⁵²⁾⁽⁶⁵³⁾.

razão de autêntica salvação pública, não bastando o mero interesse do tesouro. Caso típico, nesta sede, era o de saber se, no caso de licitação de rendas reais, a superveniência de uma oferta mais favorável podia justificar a alteração de um contrato já concluído; a doutrina dominante é no sentido negativo. Cf. D. A. PORTUGAL, *De donationibus*..., I. 2, c. 2, ns. 34-53.

⁽⁶⁴⁸⁾ V. *supra*, 292 ss.

⁽⁶⁴⁹⁾ Cf. D. A. PORTUGAL, *De donationibus*..., T. I, pr. 2 (regime geral de doações); L. 1, c. 3, n. 20; M. A. PEGAS, *Commentaria*..., 10 (O.2,35) c. 21.

⁽⁶⁵⁰⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 10 (O.2,35) c. 21, n. 258/9.

⁽⁶⁵¹⁾ D. A. PORTUGAL, *De donat.*, L. 1, c. 3, n. 20; M. A. PEGAS, *Commentaria*..., 10 (O.2,35) c. 2, n. 3 ss.

⁽⁶⁵²⁾ Era frequente incluir-se na própria carta de doação uma cláusula segundo a qual, no caso de revogação ou não confirmação da doação, a coroa nada deveria ao donatário; a inclusão desta cláusula destinava-se a afastar os efeitos do princípio geral. Exemplo de não confirmação duma doação por grave prejuízo para a coroa, *supra*, 299⁵⁶⁰.

⁽⁶⁵³⁾ D. A. PORTUGAL, *De donat.*..., I.2.a 13; M. A. PEGAS, *Commentaria*..., 10(O.2,35) c. 2, n. 10 ss.; c. 21, n. 267; já quanto ao âmbito das doações remuneratórias não havia acordo — a doutrina dominante inclinava-se para não incluir aqui as doações feitas em retribuição de serviços prestados (M. A. PEGAS, *Commentaria*..., 10(O.2,35) c. 21, n. 273; em sentido contrário, D. A. PORTUGAL, *De donat.*, I. 2, c. 13, n. 56); no entanto, só um estudo do

Os direitos decorrentes do provimento em ofício público têm, na doutrina, uma protecção mais efectiva do que aquela que é concedida em geral.

Entende a doutrina dominante⁽⁶⁵⁴⁾ que o oficial provido perpetuamente no ofício — *ad vitam* ou *ad beneplacitum* (na fórmula usual, “enquanto fôr nossa mercê”) — não pode ser afastado do ofício — mesmo do ofício concedido *gratuitamente* — sem ter dado causa a isso, salva evidente e superveniente razão de ordem pública, nos termos gerais⁽⁶⁵⁵⁾. Mas, mesmo para quem não alinha nesta protecção mais forte de um privilégio meramente gratuito, o próprio conceito de “acto remuneratório” adoptado sem hesitações neste domínio é mais amplo do que aquele adoptado em geral, nele se incluindo não apenas os ofícios comprados, como também os ofícios dados em remuneração de serviços prestados (*ob benemerita*)⁽⁶⁵⁶⁾; com isto, a generalidade dos ofícios gozaria da máxima protecção — a protecção dada ao privilégio concedido *per viam contractus* ou remuneratório⁽⁶⁵⁶⁾.

Mas, neste domínio do direito dos funcionários, eram protegidas mesmo algumas simples expectativas — nomeadamente, as expectativas dos filhos quanto a herdarem os ofícios dos pais. Embora a questão fosse controvertida no plano do direito comum⁽⁶⁵⁷⁾, no plano do direito pátrio entendia-se que o

vasto material jurisprudencial incluído por Pegas no seu comentário à Lei Mental (tomo 10.º dos *Commentaria*...) pode iluminar as orientações efectivamente seguidas.

⁽⁶⁵⁴⁾ Sobre as correntes doutrinárias neste domínio, D. A. PORTUGAL, *De donationibus*, ..., I. 2, c. 13, n. 111-113.

Perante o nosso direito, esta solução pode fundar-se em Ord.Fil., I,99 (em que se exige justa causa — imperícia, corrupção — para a remoção dos ofícios). Em face disto, a demissão sem justa causa cria dever de indemnizar (D. A. PORTUGAL, *ibid.*, n. 117). Perante o direito comum, entendia-se que, *stricto iure*, o príncipe devia poder tirar os ofícios discricionariamente (pois quem concede uma graça deve poder revogá-la).

⁽⁶⁵⁵⁾ Cf., antes, para o conceito geral de “privilégio remuneratório” *supra*, 324 s.

⁽⁶⁵⁶⁾ Referimo-nos, no texto, aos ofícios concedidos pelo rei; quanto aos concedidos por donatários ou delegados régios (governadores, presidentes de tribunais, etc.) eram sempre irrevocáveis (D. A. PORTUGAL, *De donationibus*..., *ibid.*, ns. 118-9).

⁽⁶⁵⁷⁾ No plano do direito comum, os direitos dos filhos só eram reconhecidos no caso de o pai ser militar e ter morrido na guerra (A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus*..., cit., v. *Officium*).

príncipe estava obrigado a dar aos filhos os ofícios dos pais, desde que estes os tivessem bem servido; em termos de a doação destes ofícios feita a outrem ser considerada nula e subreptícia⁽⁶⁵⁸⁾.

Este domínio dos direitos dos funcionários constituía, assim, um domínio privilegiado quanto à protecção dos direitos face ao poder; ao que não deve ser estranha a circunstância de os juristas serem, eles próprios, em geral, funcionários. Contra esta situação de limitação do arbítrio do poder se encarnçou a legislação pombalina⁽⁶⁵⁹⁾.

e) A tutela jurídica dos direitos dos particulares.

Pode-se dizer que, nos limites em que eram reconhecidos, os direitos dos particulares em relação ao poder gozavam de uma tutela jurídica extremamente eficaz⁽⁶⁶⁰⁾, baseada nos meios jurisdicionais ordinários (e não em garantias políticas ou no contencioso administrativo, como hoje)⁽⁶⁶¹⁾.

Essa tutela desdobrava-se em dois momentos: antes da consumação do acto do poder, através dum controlo prévio e oficioso da sua conformidade com o direito, e depois da sua consumação, tanto através da regra da nulidade *ipso iure* das decisões ilícitas do poder, como através da faculdade de oposição à sua execução.

O controlo oficioso e prévio da conformidade com “as Ordenações, ou Direito” (O.F., I,2,2) competia ao Chanceler

⁽⁶⁵⁸⁾ É a doutrina comum entre nós: A. VALASCO, *Consultationes...*, c. 129, n. 13 e, por todos, D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, l. 2, c. 13, n. 15 ss. Portugal refere, no entanto, uma recente prática de nem sempre atender às expectativas dos filhos, dando os ofícios a outrem; pondera, no entanto, que “uma andorinha não faz a primavera” (“verum quia hirundo non facit ver, juste considimus Principem nostrum inveteratam consuetudinem juri conformem destrui non passurum”, *ibid.*, n. 18). Já, no entanto, em 26.10.1607 (e, depois, em 15.2.1643 e 23.11.1770, esta última lei marcando uma nova época em todo o direito dos funcionários) se proibia o embargo de nomeações com o fundamento nas expectativas dos filhos dos antigos oficiais.

⁽⁶⁵⁹⁾ Cf. C. L. 22.12.1761; 23.11.1770; sobre o assunto, v. *infra*, 330.

⁽⁶⁶⁰⁾ Embora, como veremos (*infra*, 418 ss.) apenas formal.

⁽⁶⁶¹⁾ Sobre o tema, para Castela, GUSTAVO VILLAPALOS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja Edad Media. Su evolucion historica en el reino castellano (1252-1504)*, Madrid 1978.

Mor do Reino. Este alto funcionário palatino — cujas atribuições principais eram as de selar e mandar publicar os diplomas emanados dos tribunais ou oficiais da Corte — devia, na verdade, verificar se as cartas a selar eram contra os direitos do rei, “ou contra o povo, ou Clerezia, ou outra alguma pessoa, que lhe tolha ou faça perder seu direito”; no caso de isto acontecer, o Chanceler não deveria selar e publicar as cartas sem expôr as suas dúvidas ao rei ou ao Desembargo do Paço⁽⁶⁶²⁾. Da decisão final do Chanceler podiam os particulares lesados agravar para o Desembargo do Paço O.F. I,2,11; I,30,1)⁽⁶⁶³⁾.

Apesar de eventualmente selada e publicada — inclusivamente por ter sido “dispensada de passar pelo Chancelaria” (como era comum, sobretudo para fugir ao pagamento dos direitos de chancelaria) — uma determinação do poder contrária ao “direito expressa” é nula e pode ser a todo o tempo revogada (O.F., III,75 — “Da sentença que por direito he nenhuma, e como se não requiere ser della apellado, e como em todo o tempo póde ser revogada”). A doutrina discutia o alcance da expressão “direito expresso”, nomeadamente a questão de saber se ela incluía, para além das Ordenações e leis, o privilégio, o rescrito e o estilo⁽⁶⁶⁴⁾; mas, qualquer que fosse o alcance da expressão, o

⁽⁶⁶²⁾ Esta faculdade de “selar” (*enregistrer*) as decisões do soberano teve, noutros países, um enorme alcance político. É o caso da França, onde os Parlamentos tinham o direito de recusar o registo das leis (*droit de remontrance*); a utilização firme desta prerrogativa durante o séc. XVII deu lugar à revolta da Fronde. Cf. F. GARRISSON, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris 1966-7 (polic.) 875 ss. Entre nós, o tema não está estudado, mas é de supor que o carácter individual do cargo de chanceler-mor (ao contrário do carácter colectivo dos parlamentos) tenha diminuído a sua capacidade de resistência.

⁽⁶⁶³⁾ Se a carta fosse sobre matéria “de graça”, a entidade que decidiria das “dúvidas” era o próprio rei; no caso de a carta ser de “justiça” ou de assuntos “de fazenda”, a entidade a ouvir era o plenário do Desembargo do Paço. Cf. O.F., I,2,3; 4).

⁽⁶⁶⁴⁾ Sobre o âmbito da expressão “direito expresso”, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 1. O.I,2) gl. 11. n. 15; MANUEL G. DA SILVA, *Commentaria...*, t. 3 (O., III,75,pr.) 71 ss. O próprio texto das Ordenações estabelece um princípio de critério, distinguindo entre a decisão “contra o direito expresso” — que origina nulidade — e a decisão contra “o direito da parte” — que não anula a sentença, embora seja fundamento de recurso. Exemplo do primeiro caso seria a sentença validando um testamento feito por um indivíduo comprovadamente menor de 14 anos, contra a regra de direito que estabelece a incapacidade

que é certo é que não só os juízes deviam recusar a aplicação da decisão ilegal⁽⁶⁶⁵⁾ do poder, como o particular lesado podia opor-se, mediante embargos, à sua execução. Os embargos deviam ser apresentados ou directamente perante o Desembargo do Paço ou, sob a forma de excepção, perante o magistrado que ia aplicar a decisão do poder.

Para além do embargo de nulidade por ilegalidade era ainda utilizado, como medida de defesa das situações jurídicas dos particulares contra os actos do poder, o embargo por *obreção* ou por *subreção*. Ambos se fundavam na alegada existência de um vício da vontade do soberano, provocado ou pela sonegação de factos verdadeiros relevantes para a tomada de decisão (*verum tacere*) — e estava-se perante a *obreção* — ou pela apresentação de informações falsas, também relevantes e decisivas (*falsitatem proponere*). Também este embargo podia ser apresentado quer na Chancelaria, quer junto do magistrado executor⁽⁶⁶⁶⁾.

O expediente dos embargos — muitas vezes suspensivos da execução do acto do poder (a excepção era, no direito fiscal, a do princípio *solve et repete* ou, na terminologia moderna, do “privilégio da execução prévia”) — enfraquecia extraordinariamente a eficácia do poder. Os seus actos podiam ser (e, de facto, eram) continuamente paralisados, perante qualquer tribunal do reino, por uma oposição ou um embargo. Isto levou a que, no período do absolutismo iluminista, se tenha procurado limitar esta faculdade de paralisar as determinações do soberano. Entre nós, a medida tomada foi, nomeadamente, a de forçar a que todos os embargos de obreção e de subreção fossem apresentados perante os tribunais donde emanara a providência embargada, ou seja, perante os tribunais da Corte (Alv.

testamentária activa dos menores de 14 anos; exemplo do segundo, a decisão validando o testamento, mas por uma deficiente avaliação da prova produzida pelos autores relativa à idade do indivíduo.

⁽⁶⁶⁵⁾ Ilegal, ou porque violava directamente a lei nacional ou as Ordenações, ou porque violava uma regra pacífica de direito (como, v.g., a de que *privilegia remuneratoria non sunt revocanda absque causa publica*, ou a de que *officium perpetuum non potest sine causa revocari*).

⁽⁶⁶⁶⁾ Sobre a *obreção* e *subreção*, por todos, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12 (O.II,43) gl. 2, n. 3. Sobre as cláusulas destinadas a afastar o risco dos embargos, nomeadamente deste, v. *supra*, 296.

30.10.1751). Com isto, não só se diminuía o número de embargos — dado o aumento dos incómodos e do seu custo —, como se assegurava a sua apreciação por tribunais politicamente mais controláveis⁽⁶⁶⁷⁾.

f) Conclusão.

Este panorama dogmático permite-nos sublinhar alguns traços significativos, do ponto de vista jurídico e sociológico, da teoria moderna do ofício público:

Em primeiro lugar, o carácter comum dos expedientes jurisdicionais usados para a garantia dos direitos particulares. Ao contrário do que hoje acontece — em que os direitos individuais gozam, sobretudo, duma tutela político-constitucional (nem sempre actuável jurisdicionalmente) ou duma simples tutela administrativa (i.é., actuável perante a administração, por meio de recursos gratuitos, ou perante os tribunais administrativos, por meio de recursos contenciosos), os meios de defesa dos direitos particulares eram meios jurisdicionais comuns, actuáveis, em geral, perante os tribunais ordinários⁽⁶⁶⁸⁾.

Em segundo lugar — e como consequência do que acaba de se dizer —, era aos juristas — juízes, advogados, etc. — (e não aos legisladores ou aos políticos) que cabia o papel decisivo no sistema de protecção de direitos. Com efeito, não havia quaisquer fórmulas gerais de garantia dos direitos com as quais se pudesse combater (nomeadamente por meios não estritamente jurídicos) os abusos do poder. Todos os direitos eram particulares e individuais e deviam ser reconhecidos por um tribunal. Em última análise, cabia aos juízes decidir (bastante livremente) da existência e extensão dos direitos dos súbditos. Isto explica, por

⁽⁶⁶⁷⁾ No entanto, houve outras medidas visando defender a validade e executoriedade dos actos do rei: em 24.11.1604 proíbe-se dar às partes a justificação das cartas régias; em 16.1.1642 proíbe-se que se ponham embargos às leis gerais; em 18.8.1769, proibem-se os embargos em relação aos assuntos das relações.

⁽⁶⁶⁸⁾ Assim, por exemplo, a demissão de um funcionário podia ser impedida com um interdito de manutenção ou de restituição de posse; os almoxarifes podiam ser citados perante os juízes ordinários para efectuarem o pagamento dos salários dos funcionários. Cf. estes e outros exemplos em M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, p. 341, n. 9.

um lado, a já referida “religião da carta” — e, logo, a importância decisiva, numa estratégia de defesa dos direitos, do notário; e, por outro lado, o papel decisivo dos juristas na estrutura social do antigo regime⁽⁶⁶⁹⁾.

Em terceiro lugar, o sistema de protecção dos direitos privilegiava quase exclusivamente as situações adquiridas pelos “grandes súbditos” (cidades, senhores, rendeiros, banqueiros — numa palavra, todos aqueles com quem o rei tinha relações jurídicas especiais de tipo contratual). Todos aqueles com os quais o rei não tinha relações deste tipo (ou seja, o povo miúdo) apenas podiam contar com a sensibilidade do rei aos seus deveres deontológicos, nomeadamente, ao dever (moral) de cumprir as leis.

Por fim, e em contrapartida, nos domínios em que a protecção era efectiva, ela era-o num grau muito elevado, uma vez que os lesados podiam paralisar os actos reais por meio de embargos. Este carácter paralisante do sistema de protecção dos direitos dos particulares traduz ainda o carácter partilhado do poder político, típico da sociedade corporativa e do “Estado” de ordens. Daí que não nos devamos admirar perante a fêrula iluminista contra os embargos e contra os poderes fiscalizadores do Chanceler Mor.

9. A administração central.

9.1. Introdução.

A perspectiva tradicional — que, ao estudar o poder central, centrava toda a atenção sobre a pessoa do rei — deixava perder uma série de enfoques de extraordinária riqueza no plano da explicação histórica.

Por um lado, perdia de vista, frequentemente, que o “rei”, em termos sociológicos, não é uma pessoa, uma vontade, uma pretensão de poder, mas o polo onde se cristalizam ou por onde

⁽⁶⁶⁹⁾ V., para esta problemática, o fundamental artigo de R. AJELLO, *La rivolta contro il formalismo*, cit., e o seguinte capítulo de pp. 418 e ss.

se canalizam as pretensões de poder de grupos; grupos que podiam ser, conforme as épocas e as circunstâncias, muito diversos (certos nobres da corte, os validos, os confessores, certos funcionários, cada um dos quais representando, para além dos seus interesses pessoais, os interesses de certos grupos ou facções ou, pelo menos, certas perspectivas do que fosse o bem comum).

Por outro lado, quase sempre se perdia de vista o estudo da administração central que, salvo nos manuais em que toda a administração (e, portanto, também a central) era tratada sistematicamente, entre nós quase só foi recordada quando se tratou de comemorar a fundação ou traçar a genealogia dos actuais órgãos centrais da administração (v.g. os estudos de Virgínia Rau sobre a Casa dos Contos, de Marcelo Caetano sobre o Conselho Ultramarino, de Eduardo Azevedo Soares sobre o Supremo Tribunal de Justiça).

Ora o estudo da administração central assume uma importância transcendente, do ponto de vista da história jurídica e da história social por diversas razões:

Em primeiro lugar — e começando pelo mais imediato —, a descrição exhaustiva da estrutura e funcionamento dos órgãos administrativos da corte é indispensável para a utilização dos seus arquivos que, na maior parte dos casos (excepções são, v.g., o “corpo cronológico” do ANTT e parte do espólio do Arquivo dos Feitos Findos, sujeitos a remodelações modernas), conservam — e bem — a sua organização original, decalcada no processo burocrático de então. Pelo que só o conhecimento deste permite encontrar as peças desejadas e seguir o seu rasto no labirinto do expediente administrativo.

Em segundo lugar, a organização burocrática é, em si mesma, uma forma cultural. Ela representa uma certa imagem da organização e da ordem, repercute uma certa hierarquia de valores, serve — consciente ou inconscientemente — certas pretensões de poder. Cada época tem, assim, um certo “estilo” burocrático — como tem um certo “estilo” literário ou estético. Embora esta história da “arqueologia” (no sentido que M. Foucault dá à palavra — i.e., o estudo daquilo que, embora não se tenha consciência disso, “está na origem de”) da administração esteja ainda nos seus começos, nota-se já hoje uma tendência para procurar definir tipologias da organização e da acção administrativas, seguindo, até certo ponto, pistas traçadas — uma vez mais — por Max Weber.

Em terceiro lugar, a organização administrativa não é política e socialmente neutra. Ela serve ou proporciona os projectos políticos de grupos. No sistema político moderno, isso é particularmente claro em relação à “burocracia”, grupo social que constrói o seu poder com base no seu domínio sobre o aparelho da administração. Assim, a história administrativa da época moderna há-de ser dominada pela preocupação de estudar o nascimento e desenvolvimento da burocracia. Ou seja, os processos que permitiram que um grupo social inicialmente desprovidos de legitimação social para exercer o poder adquirisse o prestígio social que lhe permitirá partilhar dele com as classes feudais e, no termo do processo, marginalizá-las em relação a esse poder.

Em quarto lugar, importa saber *quem* era a burocracia. Isto é, quais eram os grupos sociais onde se recrutavam os membros dos órgãos administrativos centrais e que, através deles, canalizavam os seus projectos políticos. Isto é, se no parágrafo anterior nos referíamos a um estudo sociológico da burocracia como forma de exercício do poder, agora apontamos para um estudo sociológico dos burocratas como detentores desse poder.

Com o material existente na nossa historiografia, é impossível levar a cabo, neste momento, uma síntese da situação da administração central tardo-medieval e moderna com estes contornos. O que se procurou, portanto, foi apenas o tentar alinhar algumas pistas de perspectivação destes temas. Nos capítulos 9.2 a 9.5 ensaia-se uma descrição estrutural do tribunal da corte, voltada precisamente para a definição da sua “forma” administrativa, quer no plano orgânico, quer no plano processual; além de se procurar fornecer dados quanto ao processo burocrático, úteis para a pesquisa arquivística. No capítulo 9.6, estuda-se com maior detalhe, um pouco a título de amostra, um dos grandes tribunais da corte — o Desembargo do Paço —, quanto ao seu lugar na matriz administrativa da época (definido pelo seu tratamento na teoria política da época e pela sua competência), quanto ao seu processo burocrático, quanto ao seu lugar no xadrez político-institucional e quanto à caracterização sociológica dos seus membros. Escolheu-se o Desembargo do Paço pela sua importância político-social e pelo esquecimento a que tem sido votado.

9.2. A “tipologia” dos assuntos.

Os diversos órgãos da administração central vão sendo originados por um processo de progressiva diferenciação do tribunal real (ou *curia regia*) dos primeiros tempos da monarquia.

Sem se pretender fazer uma descrição pormenorizada da sua evolução desde os fins do séc. XIII até à sua estrutura definitiva, nos finais do séc. XVI, importa realçar as grandes linhas de evolução bem como as concepções que lhes subjazem relativas à tipologia e hierarquia das matérias que deviam subir à consideração do tribunal da corte⁽⁶⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁰⁾ Sobre a administração central portuguesa nos finais da idade média, v., além de H. DA GAMA BARROS, *História da administração pública...*, III, 211 ss. e 251 ss., JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Dissertação XVII indicando as fontes de que se podem colligir espécies sobre a economia das ultimas instancias nas causas civeis e criminaes anteriormente ao Código Affonsino*, em “Dissertações chronologicas e criticas...”, Lisboa 1829, IV.2, 23-31. Mais recentemente, ARMANDO L. DE CARVALHO HOMEM, *Subsídios para o estudo da administração central no reinado de D. Pedro I*, Porto 1978, e MARCELLO CAETANO, *História...*, 304 ss. e 380 ss. As principais fontes para um estudo de conjunto das estruturas anteriores às Ordenações Afonsinas são indicadas no artigo antes citado do João Pedro Ribeiro; v., ainda, os *Regimentos da casa real no tempo de Afonso III*, “Brotéria” 25(1937) 326-330 e a documentação publicada por JORGE FARO, em *Receitas e despesas da Fazenda Real de 1384 a 1481*, Lisboa 1965. Também do *Chartularium universitatis portugalensis* (ed. ARTUR MOREIRA DE SÁ), Lisboa 1966-..., se podem tirar alguns dados úteis (sem esquecer, ainda, os livros de chancelaria do ANTT). Não me parece provável que o texto publicado na *Collecção de livros inéditos de história portuguesa, dos reinados de D. João I, D. Duarte, D. Afonso V, e D. João II...*, Lisboa 1793, III, 595-612 — e agora republicado, com tradução, por MARTIM DE ALBUQUERQUE, em *O Regimento quatrocentista da Casa da Suplicação*, “Arquivos do Centro Cultural Português”, XV(1980) — seja um “regimento” (no sentido de “texto legislativo”); o seu *incipit*, o *est*ar redigida em latim, a natureza do código em que se insere (que inclui vários textos de natureza não legislativa) e outros particulares do seu conteúdo e contexto parecem apontar para a hipótese, já aventada por MARCELLO CAETANO (em *História...*, 485'), de se tratar de um texto descritivo-doutrinal; acrescentaria eu, pela minha parte, de finalidade incerta, fazendo parte duma obra mais vasta (resumo latino das próprias *Ordenações Afonsinas*, de cujo conteúdo este texto não se afasta substancialmente?). Tão pouco me parece provável que este texto constitua um todo; antes me parece que se trata de dois textos diferentes, copiados um a seguir ao outro no código de que foram transcritos por Correia da Serra; esta hipótese, que é até certo ponto apoiada pelo exame de código original a que procedi, explicaria a diferença de estilo e de intenção da primeira parte

A estrutura do tribunal da corte foi, desde muito cedo, influenciada por uma certa organização tipológica das matérias que subiam à consideração do rei.

Desde muito cedo se distinguiu, desde logo, entre matérias *cíveis* e matérias *crime*, correspondendo estas últimas a um domínio essencialmente régio, pois o direito de impor penas era considerado como um direito eminentemente real (*merum imperium*). Desta distinção decorria a distinção das competências, por um lado, dos magistrados palatinos encarregados de conhecer as causas *cíveis* e, por outro, dos magistrados encarregados de conhecer as causas criminais⁽⁶⁷¹⁾. Por sua vez, da natureza “real” das questões criminais decorreu uma maior proximidade dos magistrados que as julgavam em relação ao rei ou ao núcleo principal do tribunal real.

Outra distinção temporã foi a feita entre petições “de justiça” (ou “direitas”) e petições “de graça” (ou “graciosas”). As primeiras visavam a aplicação do direito vigente; as segundas visavam um objectivo que não podia ser conseguido com a mera aplicação do direito vigente, ou por implicar uma sua derrogação ou dispensa, ou por cair no âmbito da decisão descricionária do soberano. Ao passo que as primeiras podiam ser resolvidas pelos meios *ordinários* e rotineiros da aplicação do direito, as segundas exigiam já uma intervenção *extraordinária* e individualizada do soberano (nomeadamente, a dispensa da lei). Daí que, se nas

(“Sequitur de Collegio Justitiae”) e da segunda (“Allegationes generales ad iudicandum”). A ser assim, perderia muita força a tese de Martim de Albuquerque, expendida no citado trabalho e, posteriormente, em *Bártolo e bartolismo* [?] na história do direito português, “BMJ”, 304(1981). A questão merece, porém, reflexão mais detida.

⁽⁶⁷¹⁾ Já no regimento do tribunal da corte incluído nas “Ordenações de D. Duarte” (e referido por JOÃO PEDRO RIBEIRO, na citada *Dissertação XVII*) aparecem “ouvidores do crime” e “ouvidores *cíveis*”, tendo os primeiros assento numa mesa especial e mais importante; a mesma distinção ocorre nos regimentos de 1361 (?) — transcritos, por último, em A. LUIS DE CARVALHO HOMEM, *Subsídios...*, 50 ss. —, onde o julgamento dos feitos crimes (da corte) é feito na presença do rei, o que não acontece com o dos feitos *cíveis*; nas Ordenações, quer Afonsinas, quer Manuelinas, o desembargo dos feitos *cíveis* processa-se, com total autonomia em relação ao rei, na Casa do Cível, enquanto que o julgamento dos feitos crimes se mantém bastante ligado aos núcleos da administração central mais próximos do soberano ou de maior hierarquia (v. diagramas dos tribunais de graça e de justiça da corte, nas págs. seguintes).

primeiras pode ser desde cedo dispensada a intervenção do rei e instituída uma grande autonomia para os magistrados encarregados de as despachar, já nas segundas se manteve por via de regra a intervenção pessoal monarca, constituindo o domínio essencialmente “político” ou “de governo”⁽⁶⁷²⁾. Categoria especial das petições de graça era constituída pelas “petições de graça em matéria de justiça”, ou seja, por aquelas petições de graça que visassem a alteração de situações jurídicas (emancipação, perdão, legitimação, insinuação de doações, concessão de interdictos possessórios) ou que dissessem respeito à situação dos funcionários de justiça. A sua proximidade em relação aos remédios jurídicos ordinários vai favorecer o estabelecimento neste domínio de regras uniformes de despacho e contribuir para uma sua maior autonomia em relação ao núcleo mais “político” da actividade dos órgãos centrais⁽⁶⁷³⁾.

Outra distinção ainda foi a que se estabeleceu entre dois tipos de recurso para a coroa — o recurso de “agravo”, fundado na clara e directa violação do direito pelo juiz recorrido; e o recurso de “apelação”, fundado numa deficiente apreciação do caso, quer nos aspectos de direito quer nos aspectos de facto. O recurso de *agravo* — mais facilmente decidível, dado o carácter grosseiro do erro do juiz e mais grave, em vista do derrespeito pela lei que ele implicava — manteve-se sempre mais perto da coroa, sendo julgado pelos magistrados de maior hierarquia do tribunal da corte; em contrapartida, o recurso de *apelação* — mais técnico e politicamente menos relevante — foi

⁽⁶⁷²⁾ Já nos citados regimentos de 1361 se faz esta distinção: “livrem logo dello as cartas dereitas sem outra detença nehua e as que forem de graça mostrem nas a elrey” (ob. cit., 52/3; cf. também 51/2); também nas *Ordenações Afonsinas* (I,4,15) se encontra a distinção entre as petições que se despacham “per direito” e as que exigem o despacho do rei (cf. ainda I,4,pr. e I,4,1).

⁽⁶⁷³⁾ A autonomização das “petições de graça... em causa que a Justiça possa tocar” aparece nas *Ord. Man.*, I,3,pr.; as *Ord. Af.* apenas autonomizavam, dentro das petições de graça, as “da fazenda” (que se remetiam para os vedores da fazenda, I,4,20); o *Regimento dos desembargadores do paço* de 15.4.1523 (cf. JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Dissertação XVII...*, cit., 178) distingue claramente as petições de graça que, por tocarem à justiça, são da competência dos desembargadores do paço, daquelas outras petições de graça que são da competência de outros órgãos palatinos, nomeadamente dos órgãos e funcionários “de puridade”.

facilmente deixado a órgãos palatinos subalternos e mais autónomos⁽⁶⁷⁴⁾.

Finalmente, autonomizou-se sempre o conjunto de matérias de correição relativas à terra onde a corte se encontrava, matérias que — em obediência à ideia de que a jurisdição do rei devia preferir a todas as jurisdições inferiores, pelo menos na terra onde o rei pousasse — eram avocadas dos corregedores ordinários (“corregedores das comarcas”) e submetidas aos corregedores especiais, “da corte”⁽⁶⁷⁵⁾. Tal como se autonomizou o conjunto de matérias relativas ao património e aos direitos reais (e também da rainha), conjunto para que foi apartado um magistrado especial, normalmente ligado ao núcleo mais dignificado da administração central⁽⁶⁷⁶⁾.

9.3. A matriz institucional básica.

Este recorte operado nas matérias e competências do tribunal da corte origina uma certa permanência no que diz respeito à sua estrutura geral, permanência que sobrevive às modificações conjunturais.

Assim, naquilo que, primitivamente, era o tribunal indiferenciado do rei é possível identificar, com o decurso do tempo, alguns núcleos autónomos que constituem o embrião dos “conselhos” ou “tribunais” especializados da administração central seiscentista:

a) *Núcleo votado à resolução das questões de graça*. Seria, na terminologia de hoje, o núcleo “político” ou “de governo”,

⁽⁶⁷⁴⁾ A distinção já aparece nos citados regimentos de 1361 (ob. cit., 53); nas *Ord. Af.*, o conhecimento dos agravos está, em geral, cometido aos magistrados principais da Casa da Justiça, os desembargadores do paço; nas *Ord. Man.*, aos principais magistrados da Casa da Suplicação, os desembargadores dos agravos (v. diagramas). Também era relevante para a distribuição das competências para o conhecimento dos recursos a distinção entre recursos das sentenças definitivas e recursos das sentenças interlocutórias (cf., v.g., *O.M.* 1,4,pr.; 11-13).

⁽⁶⁷⁵⁾ *O.A.*, 1,7,1; III,90,pr.; 1,5,24; *O.M.*, 1,3,10; 1,6,10; 1,9,1; 1,5,13.

⁽⁶⁷⁶⁾ Juiz dos feitos da coroa (*O.A.*, 1,6; *O.M.*, 1,7); Ouvidor da Rainha (*O.A.*, 1,8; *O.M.*, 1,10). As *Ordenações Afonsinas* referem ainda a presença na corte de ouvidores especiais de alguns “grandes” do reino (cf., *supra*, 284).

aquele que mais intimamente aderira à pessoa do monarca e que dispunha, portanto, de uma menor autonomia de julgamento.

Este núcleo não permaneceu homogêneo pois, à medida que ia aumentando o número de negócios a cargo do monarca, ia sendo mais claro que este não poderia ter a seu cargo o despacho pessoal de todas as questões de graça. Assim como se manifestou também a vantagem de assignar certos funcionários permanentes para o despacho de matérias de idêntica natureza. Isto levou a que se tenha desenhado a tendência para criar órgãos especializados no despacho de certas petições de graça e para, em certos casos, lhes conferir uma relativa autonomia de despacho.

É o que se passa, desde logo, com os *Vedores da Fazenda*, surgidos como cargo autónomo por volta de 1370 e encarregados de superintender na administração da fazenda real⁽⁶⁷⁷⁾. E também com os Desembargadores do Paço — já referidos à parte nas *Ordenações Afonsinas* embora com uma muito restrita autonomia de decisão⁽⁶⁷⁸⁾ nas “matérias de graça que tocassem à justiça”. Só aparecem completamente autonomizados como órgão (*Desembargo do Paço*) nas *Ordenações Manuelinas*⁽⁶⁷⁹⁾; a sua competência própria não deixará de aumentar até aos fins do séc. XVI⁽⁶⁸⁰⁾.

Só o remanescente das matérias de graça continua a ser despachado directamente pelo soberano, auxiliado quer pelos

⁽⁶⁷⁷⁾ *O.A.*, 1,3 (“requerer, e arrecadar os Nossos Direitos, e rendas do Regno, e tirar as Jugadas, e Foros, e fazer bõs emprazamentos, e arrendamentos das Herdades, e Casas, e Foros, que a Nós pertencem...”); sobre estes funcionários, v., por todos, *Vedores da Fazenda* em “Dic. hist. Port.” e bibl. aí cit. e MARCELLO CAETANO, *História...*, 213 ss. e 486 ss.

⁽⁶⁷⁸⁾ Em *O.A.* 1,4,19 referem-se matérias em que os Desembargadores do Paço dispunham de autonomia decisória; devem ser, no entanto, as matérias “de justiça” que então ainda lhe competiam (agravos) e não matérias de graça (cf., *O.A.*, 1,4,15; porém, há cartas de graça que não são despachadas pelo rei — cf. *O.A.*, 1,10,1).

⁽⁶⁷⁹⁾ *Ord. Man.*, 1, 3.

⁽⁶⁸⁰⁾ Cf. Regimentos e legislação de 15.4.1523 (em J. P. RIBEIRO, *Dissertações chronologicas...*, cit., IV,2,178) 10.10.1534 (em DUARTE NUNES DE LEÃO, *Leis extravagantes...*, cit., 67 ss); 2.11.1564 (*ibid.*, 28); 20.7.1568 (*ibid.*, 71); 27.7.1582; e o “regimento novo” (15.7.1591), anexo ao liv. I das *Ord. Fil.*

oficiais da sua casa⁽⁶⁸¹⁾, quer pelos oficiais de “puridade”, dos quais se destaca o *escrivão da puridade* e, mais tarde, os *secretários de despacho*⁽⁶⁸²⁾.

b) *Núcleo especializado no despacho das matérias de justiça.*

Deste núcleo — que constitui o embrião dos futuros tribunais “de justiça” da Corte (Casa da Suplicação e Casa do Cível — fazem parte vários sub-núcleos.

Um primeiro cuida do conhecimento dos *agravos*, interpostos quer dos juizes do tribunal real, quer de quaisquer outros julgadores dos quais se deva agravar para a coroa. Num primeiro período, o julgamento dos agravos competia ao núcleo que despachava as petições de graça em matéria de justiça; o que decorria do facto de as petições de agravo serem consideradas como aquelas que, das petições de justiça, mais próximas estavam das petições de graça. Assim, nas Ordenações Afonsinas, o conhecimento dos agravos é ainda da competência dos Desembargadores do Paço da Casa da Justiça⁽⁶⁸³⁾.

Num segundo momento, a competência para o despacho dos agravos separa-se da competência para o conhecimento das petições de graça e é cometida a um sub-núcleo específico que ocupa a hierarquia mais elevada no interior do núcleo de órgãos palatinos votados ao despacho dos assuntos de justiça, isto revelando, ainda uma vez, a responsabilidade e prestígio atribuídos a esta tarefa de natureza essencialmente régia. Nas

⁽⁶⁸¹⁾ V.g., mordomo-mor, esmoler-mor, reposteiro-mor, camareiro-mor, etc.; v. alguns dos regimentos destes oficiais ainda nas *Ord. Af.*, I, 52 ss.; sobre as razões da sua inclusão nesta compilação, JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Dissertações chronologicas...*, IV.2, cit., 64.

⁽⁶⁸²⁾ No “Regimento dos Desembargadores do Paço” de 15.4.1523 é expressamente dito que as petições de esmolas iriam ao esmoler mor, as petições de officios e confirmação de cavaleiros correriam pela puridade e os negócios acerca de obras, terças e quintos pelo provedor mor (J. P. RIBEIRO, *Dissertações chronologicas...*, cit., IV.2, 178).

⁽⁶⁸³⁾ *O.A. I.1. pr.*; I, 5, 23; I, 4, pr.; I, 4, 1; I, 5, 15; I, 23, 7; III, 109, 4. Já nos Regimentos de 1361, os dois Desembargadores do Paço (Afonso Domingues e J. Gonçalves) julgam também os agravos, ao passo que as apelações são julgadas pelos três Ouvidores (Lourenço Gonçalves, F. Martins e Gil Lourenço); esta interpretação deste regimento não é isenta de dúvidas (em sentido aparentemente diverso, A. L. CARVALHO HOMEM, *Subsídios...*, cit., 37 ss.) mas parece-me ser a que respeita melhor a um tempo a letra da “ordenação” e uma matriz bastante permanente de organização da administração central (e que as Ordenações Afonsinas vêm confirmar).

Ordenações Manuelinas, ocupam-se desta tarefa os Desembargadores dos Agravos da Casa da Suplicação e, a um nível inferior e subordinado a estes, os Desembargadores dos Agravos da Casa do Cível⁽⁶⁸⁴⁾.

Um outro sub-núcleo é o que tem a seu cargo o julgamento das *apelações, quer dos feitos cíveis, quer dos feitos crime*. Os magistrados aqui incluídos — que, no seu conjunto, formam aquilo a que se poderia chamar o tribunal judicial ordinário da corte — estão normalmente divididos em dois grupos, de acordo com a distinção já referida entre matérias cíveis e matérias crime. As apelações crime são julgadas por um grupo de magistrados de hierarquia e prestígio superior — os ouvidores. As apelações cíveis são julgadas por um grupo de magistrados menos importantes e que desde cedo ganham uma certa autonomia em relação ao tribunal real — os *sobrejuizes da Casa do Cível*. Esta autonomia é, como já se disse, a contrapartida da menor importância política das matérias aqui tratadas e, também, do carácter técnico e padronizável das soluções. Nas *Ordenações Afonsinas*, este grupo é constituído pela *Casa do Cível*⁽⁶⁸⁵⁾ que, nas *Ordenações Manuelinas*, vê aumentada a sua estrutura burocrática e também a sua competência⁽⁶⁸⁶⁾.

Ainda um outro sub-núcleo é constituído pelos magistrados que devem exercer as *funções dos corregedores no lugar onde a corte se encontra*. São os Corregedores da Corte, nas *Ordenações Manuelinas* divididos em Corregedor do Crime da Corte e corregedor do Cível da Corte⁽⁶⁸⁷⁾.

⁽⁶⁸⁴⁾ *O.M.*, I, 4 pr.; I, 4, 2; I, 32. pr.; I, 16, 10; I, 3, 10; *O.M.* I, 31, pr.; I, 32, pr. Os “agravistas” eram os desembargadores mais categorizados de cada um dos tribunais, devendo substituir o Regedor ou Governador nas suas faltas e impedimentos.

⁽⁶⁸⁵⁾ A *Casa do Cível* é anterior às *Ord. Afons.*, como se depreende da lei de 12.3.1355 (*Ord. Af.*, V, 59, 1-11). Nestas *Ordenações* as apelações cíveis do reino e Lisboa são julgadas por ela, que já aparece perfeitamente autonomizada do tribunal real (*Casa da Justiça*) e fixada em Lisboa (cf. *O.A.*, I, 7, pr. / I, III, 90, pr.). Nas *Ord. Man.*, a Casa do Cível, além de ganhar a competência para conhecer também dos agravos e apelações crimes do lugar da sua sede (Lisboa), vê aumentar o número dos seus magistrados e diversificar a sua estrutura interna (cf., *O.M.*, I, 31; I, 32; I, 33) — Desembargadores dos Agravos da Casa do Cível, Sobrejuizes, Ouvidores do Crime da Casa do Cível.

⁽⁶⁸⁶⁾ *O.A.*, I, 1, 1; I, 7, pr.; III, 90, pr.; I, 5, 24; *O.M.*, I, 9, pr.; I, 5, 12.

⁽⁶⁸⁷⁾ *O.A.*, I, 7, 1; III, 90, pr.; I, 5, 24; I, 7, pr.; I, 5, 5; *O.M.* I, 3, 10; I, 6, 10; I, 9, 1; I, 5, 13; I, 5, pr.; I, 5, 15.

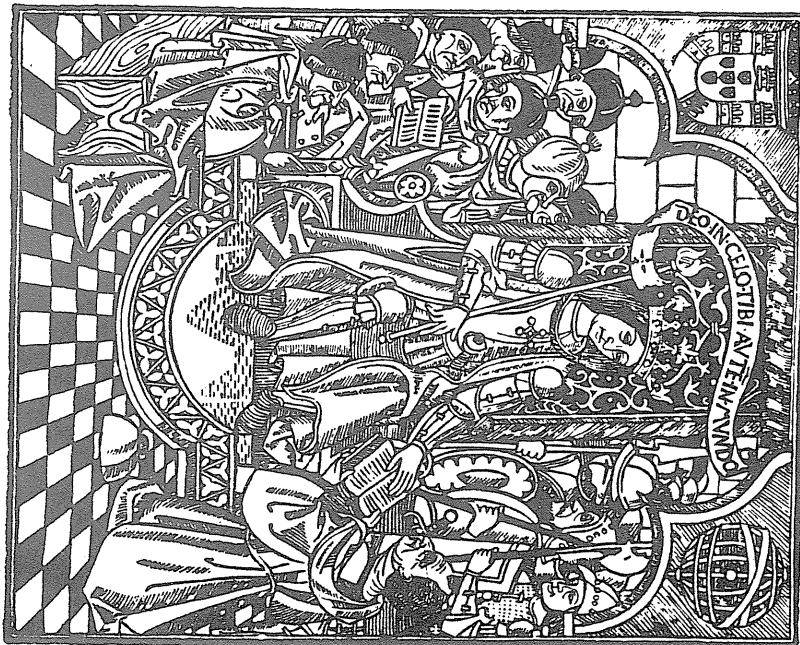
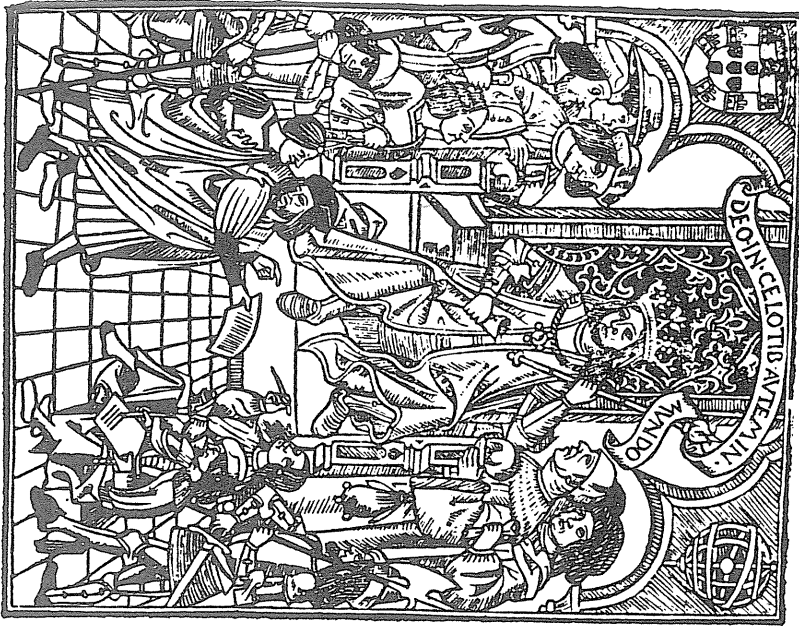


Fig. 4 — O rei e os letrados. À esquerda, durante uma audiência judicial — o rei, rodeado de doutores leigos e eclesiásticos; um advogado, acompanhado pelo cliente, entrega uma peça processual; os escrivães e o meirinho e seus homens. À direita, o rei rodeado pelo seu conselho; os doutores distinguem-se pela borla doutoral; um deles, descoberto, apresenta ao rei uma obra.

Finalmente, outro sub-núcleo do núcleo “judicial” é constituído pelo magistrado encarregado de julgar as *causas relativas à fazenda e aos direitos reais* (ou aos direitos da rainha). Tal grupo é constituído pelo Juiz dos Feitos da Coroa⁽⁶⁸⁸⁾ (e pelo Ouvidor da Rainha), cuja competência por vezes colinda com a dos Vedores da Fazenda⁽⁶⁸⁹⁾.

c) *Núcleo da chancelaria*. Este núcleo era constituído pelo Escrivão da puridade ou, mais tarde, Chanceler Mor do reino a quem incumbia, como atribuição principal, a verificação da juridicidade e a selagem das cartas do rei e dos outros altos funcionários palatinos (excepto dos Vedores da Fazenda — cf. O.A., I,2,10)⁽⁶⁹⁰⁾. Além disto, o Chanceler tinha ainda outras atribuições menores (passar certidões de documentos em arquivo, dar juramento a alguns funcionários palatinos) e teve mesmo, até à carta de lei de 20.10.1534, certas atribuições graciosas, como a passagem de cartas de tabeliães, escrivães e chanceleres das comarcas e de outros oficiais subalternos de justiça⁽⁶⁹¹⁾.

Já antes se disse que não é a mesma a dignidade de cada um destes núcleos. Alguns deles conservarão até tarde reminiscências da sua original ligação ao rei e da natureza régia das suas

⁽⁶⁸⁸⁾ Já no regimento de 1361 aparece um magistrado especializado no julgamento dos feitos da coroa (Pero Afonso); nas *Ord. Afonsinas*, não só encontramos um Juiz dos feitos da coroa (O.A., I,6), como um Procurador dos mesmos feitos (O.A., I,8); nas *Ord. Man.* voltam a aparecer estes dois cargos (O.M., I,6; I,11). Também o Ouvidor dos feitos da rainha aparece em qualquer das compilações (O.M., I,8; O.M., I,10).

⁽⁶⁸⁹⁾ O Juiz dos feitos da coroa encarrega-se do conhecimento contencioso de assuntos relativos aos direitos reais; os vedores da fazenda do conhecimento graciosos destes mesmos assuntos (excepto no caso das sisas, em que a sua competência se estende aos aspectos contenciosos). Cf., O.A. I,6,5.

⁽⁶⁹⁰⁾ Com a criação da chancelaria da Casa do Cível pelas Ordenações Manuelinas (I,30), o chanceler deixa de selar as cartas passadas por este tribunal.

⁽⁶⁹¹⁾ O.A. I,2; O.M., I,2. Sobre a evolução deste cargo, v. FRANCISCO MANUEL TRIGOSO DE ARAGÃO MORATO, *Memoria sobre os escrivães da puridade dos reis de Portugal, e do que a este officio pertence*, “Hist. e mem. da Acad. Real das Sc. de Lx.”, 12.1 (1837) 153-218; *Memoria sobre os chanceleres mores dos reis de Portugal...*, *ibid*, 12.2 (1839) 91-107; H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., 216 ss.; e, ainda, v. *Chancelaria régia e Escrivão da Puridade* em “Dic. hist. Port.”.

atribuições; outros, pelo contrário, cedo perdem os sinais da sua primeira dignidade.

No primeiro caso, está o núcleo “político” ou “de governo” que, na realidade, se mantém até ao fim do antigo regime como uma mera extensão da pessoa do soberano, sujeito — em contrapartida — a um apertado controle por parte deste. Fundamentalmente, o mesmo se pode dizer dos Desembargadores do Paço, aos quais compete conhecer dos assuntos de graça em matéria de justiça. Embora sempre ligados ao núcleo mais “nobre” da administração palatina (tinham assento na “mesa principal” da Casa da Justiça, *Ord. Af.*, I, 1 pr.), foram, no entanto, ganhando uma autonomia progressiva de julgamento, despachando por si — desde, pelo menos, as Ordenações Manuelinas — uma série de petições de graça⁽⁶⁹²⁾ e influenciando decisivamente, através do seu parecer (a *consulta*) a decisão final⁽⁶⁹³⁾.

No seio dos tribunais de justiça, os núcleos mais prestigiados são os dos magistrados com competência para o julgamento dos agravos, dos feitos crimes mais graves e dos feitos da coroa. São estes, de facto, os que têm assento — juntamente com o Regedor e os desembargadores do Paço — na “mesa principal” da casa da justiça (cf. *O.A.*, I, 1, pr.)⁽⁶⁹⁴⁾, à qual o rei está em regra, presente. A um nível já inferior se situam os

⁽⁶⁹²⁾ Nas *Ordenações Afonsinas*, os desembargadores do Paço já podiam despachar por si algumas petições, mas estas seriam as de justiça que então ainda lhes competiam (“agravos”). As *Ordenações Manuelinas* dão-lhes certa autonomia no despacho, nomeadamente das cartas de emancipação, cartas tuitivas e de confirmação de juizes ordinários e dos órfãos (*O.M.* I, 3, 21 — 25); esta competência é alargada a alguns casos de perdões pelos regimentos de 15.4.1523 e de 2.11.1564 e a vários outros assuntos — nomeadamente mais perdões, diligências interlocutórias, concessão de revistas, dispensa do casamento de oficiais de justiça, concessão de fianças, dispensa de idade dos oficiais, etc. (para a enumeração completa, DUARTE NUNES DE LEÃO, *Leis extravagantes...*, 77); esta tendência para a atribuição de maior autonomia aos Desembargadores do Paço é ainda confirmada no seu regimento de 15.7.1591, anexo ao liv. I das *Ordenações Filipinas*.

⁽⁶⁹³⁾ V., *infra*, 416 ss.

⁽⁶⁹⁴⁾ Já antes, o tribunal da Corte tinha mais do que uma mesa, sendo uma mais importante do que a outra. Cf. regimento de 1361 (*loc. cit.*) onde creio que se pode encontrar uma distribuição dos juizes entre as duas semelhante à que vamos encontrar nas *Ord. Arf.*; v. ainda a descrição do regimento da Casa da justiça (*Collegio justitiae*) dos fins do séc. XV em “Collecção de livros inéditos de história Portuguesa...”, III (Lisboa 1793) 597 s.

magistrados encarregados do julgamento dos restantes feitos crime e dos feitos cíveis; por isso, não fazem parte da “mesa principal” da Casa da Justiça e, por vezes, nem sequer julgam em colectivo. Em contrapartida, a sua autonomia de julgamento é completa, salva a possibilidade de se agravar ou apelar das suas sentenças.

9.4. Linha de evolução.

As mudanças verificadas nesta estrutura durante os séculos XV e XVI seguem várias linhas de força.

Uma delas, a de uma progressiva *diferenciação, especialização e homogeneização* das competências de cada órgão — daí a separação, com as *Ordenações Manuelinas*, dos cargos de Desembargadores do Paço e de Desembargadores dos Agravos; daí a progressiva concentração de toda a jurisdição cível na Casa do Cível; daí a perda pelo chanceler mor das suas atribuições “de graça” e transferência desta para o Desembargo do Paço.

Uma segunda linha consiste na *continua diminuição do âmbito de matéria em que o rei decide pessoalmente* ou através dos seus oficiais de confiança. Este facto — que dá progressivamente à estrutura da administração central o aspecto de uma “burocracia descerebrada” (R. DURAND) — resulta, quer da sucessiva criação, durante todos os séculos XVI e XVII, de órgãos especializados que se ocupam das várias categorias de matéria de graça — Conselho da Fazenda⁽⁶⁹⁵⁾ Mesa da Consciência e

⁽⁶⁹⁵⁾ O Conselho da Fazenda foi criado em 20.11.1591 (regimento em ANTÓNIO MANESCAL (ed.), *Systema ou collecção dos regimentos reais pertencentes à administração da fazenda real*, Lisboa 1718-24²), dando-se, assim, uma estrutura sinodal aos anteriores vedores da fazenda. Sobre este conselho — cuja competência abrangia, em geral, tudo quanto dissesse respeito à fazenda do reino (excluída a fazenda do ultramar), v. *Exposição histórica do Ministério das Finanças. Notícia histórica dos serviços. Catálogo. Bibliografia* Lisboa 1952; VIRGÍNIA RAU, *A Casa dos Contos. Publicação comemorativa do centenário do Tribunal de Contas*, Coimbra 1951; inéditos, existem inúmeras fontes para o estudo do funcionamento deste tribunal, bem como várias listas das pessoas providas nos cargos de vedores da fazenda, uns dos mais

Ordens⁽⁶⁹⁶⁾, Conselho da Índia⁽⁶⁹⁷⁾, Conselho de Guerra⁽⁶⁹⁸⁾, Conselho Geral do Santo Ofício⁽⁶⁹⁹⁾, quer da anemia das estruturas régias de coordenação. Na verdade é patente o desequilíbrio entre a estrutura burocrática dos vários “conselhos” régios — dotados de um imponente aparelho burocrático e de

prestigiados da administração central (v.g., Cod. 411 e 543 F.G., da BNL; e Ms. 554 e 11 269 da BUC); nesta última biblioteca existe um projecto de regimento de 1679 (Ms. 472) e um “regimento da boa recadação da fazenda” (Ms. 714). Para Espanha, fundamental, MIGUEL DE ULLOA, *La hacienda real de Castilla en el reinado de Filipe II*, Roma 1963.

⁽⁶⁹⁶⁾ A *Mesa da Consciência e Ordens* foi criada por D. João III em Dezembro de 1532 para se ocupar dos assuntos que dissessem respeito aos casos “de consciência” do monarca. Com a incorporação na coroa das ordens militares, passa a despachar também as questões relativas a estas (administração, foro especial dos cavaleiros, etc.). Ocupa-se ainda das questões relativas às capelas do padroado régio e exerce, até ao séc. XVIII, tutela sobre a Universidade. Regimentos em 24.11.1558, 20.6.1567, 12.8.1608 (cf. 23.8.1608) 23.8.1640, 12.8.1643. Bibliografia: além do artigo *Mesa da Consciência e Ordens* do “Dic. hist. Port.” (Rui d’Abreu Torres), M. PAULO MERÊA, *Um relatório notável*, “BFDC” 20(1944) 268-90, CHARLES MARTIAL DE WITTE, *Le “Regimento de la Mesa da Consciencia” du 24 Novembre 1558*, “RPH” 9(1906) 277-84.

⁽⁶⁹⁷⁾ O *Conselho da Índia* foi criado em 26.7.1604, extinto em 1614 e restaurado, com o novo nome de Conselho Ultramarino, em 14.7.1643 (data do seu novo regimento). A sua competência abrangia todos os assuntos relativos à Guiné e Índia (posteriormente, a todo o ultramar, incluindo Brasil) — fazenda, nomeação de oficiais, assuntos de governo, etc. Bibliografia: F. PAULO MENDES DA LUZ, *O Conselho da Índia*, Lisboa 1952; MARCELO CAETANO, *O Conselho Ultramarino — Esboço da sua história*, Lisboa 1967.

⁽⁶⁹⁸⁾ O *Conselho da Guerra* foi criado em 11.12.1640 para dirigir toda a actividade militar da guerra da restauração (nomeação de funcionários militares, regimento da tropa e da armada, fortificações, disciplina militar). No entanto, a gestão do orçamento da defesa (nomeadamente do resultante dos impostos votados em cortes — décima, usuais, novos direitos) estava a cargo da *Junta dos Três Estados*, composta por delegados dos três estados, designados pelas cortes (esta gestão das contribuições dos “estados” pelas próprias assembleias que os votavam foi muito comum na Europa moderna). O Conselho da Guerra recebe novo regimento em 22.12.1643. Bibliografia: CLAUDIO CHABY, *Synopse dos documentos remetidos ao extinto Conselho de Guerra*, Lisboa 1865 e o bem informado artigo (de Gastão de Melo Matos) no “Dic. hist. Port.”.

⁽⁶⁹⁹⁾ É vastíssima a bibliografia sobre o Tribunal do Santo Ofício (ou da Inquisição), criado em Portugal pela bula papal de 16.7.1547 e sucessivamente regulado pelos regimentos de 1552, 1570, 1613, 1640 e 1774. Para uma síntese v. o art.º *Santo Ofício*, do “Dic. hist. Port.” (com bibliografia).

especiosa regulamentação jurídica — e a das instâncias directamente ligadas ao soberano — reduzidas a uns quantos secretários e escrivães da câmara real e a um vagamente regulamentado Conselho de Estado e desprovidas, até muito tarde, de regulamentação.

Em todo o caso, a ausência de uma direcção política central não se manifesta, entre nós, em tão alto grau com em Espanha⁽⁷⁰⁰⁾. Para isto terão contribuído vários factores. Por um lado, a institucionalização, em 1569, do Conselho de Estado⁽⁷⁰¹⁾, que vem substituir a acção pessoal do rei, do chanceler mor, do escrivão da puridade ou, ainda, dos validos (ou privados)⁽⁷⁰²⁾ na definição da política geral do reino; na verdade — com a excepção do período filipino, em que a coordenação da política portuguesa esteve sobretudo a cargo dos Governadores do Reino e do Conselho de Portugal em Madrid —, o Conselho de Estado constituiu um núcleo restrito e bastante permanente de “ministros de despacho” que assessorava o rei nas matérias de Estado (mas

⁽⁷⁰⁰⁾ Para uma descrição estrutural e tipológica da administração central espanhola da época moderna, J. VICENS VIVES, *La estructura administrativa estatal nei secoli XVI e XVII*, em E. ROTELLI e P. SCHIERA (eds.), *Lo stato moderno*, Bologna 1971, I, 221 ss.; JESUS LALINDE ABADIA, *Ensayo de tipologia orgánica de la administración superior en la historia de Espana*, “Ann. della Fondazione ital. per la storia amministr.” 4(1966) 9-34.

⁽⁷⁰¹⁾ Que, em todo o caso, não funcionou nos primeiros tempos como órgão de conselho pessoal do rei, pois este não tomava aí, ordinariamente, assento, sendo-lhe antes presentes os votos expressos por um secretário (o futuro “secretário de Estado”). Era, por isso, um conselho mais. O Conselho de Estado — institucionalizado em 8.9.1569, à semelhança do órgão criado por Carlos V (v. regimento em ANTÓNIO CAETANO DE SOUSA, *História genealógica...*, cit., III.1, prova 161; onde está também publicado o regimento de 31.3.1645) — representa a continuação do antigo conselho régio medieval (*curia, consilium*). Para o *Consejo de Estado* espanhol, matriz do nosso, JUAN ANTONIO ESCUDERO, *Notas sobre el Consejo de Estado entre los XV, XVIII y XIX*, “Hispania” 34(1974) 609 ss.; J. M. CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado*, Madrid 1944. Entre nós, v. o artigo respectivo do “Dic. hist. Port.”, EDGAR PRESTAGE, *O Conselho de Estado. D. João IV e D. Luisa de Gusmão*, “Arq. Hist. Port.” 11(1921) 242 e CONDE DE TOVAR, *O arquivo do Conselho de Estado*, “An. Ac. Port. Hist.” 2.ª série 11(1961) 51-68. Para uma lista dos conselheiros de Estado de D. Sebastião a D. João V, v. Cod. 427, fl. 208 da B.N.L.

⁽⁷⁰²⁾ Sobre a figura do “valido” ou “privado”, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los validos en la monarquía española del siglo XVII (Estudio institucional)*, Madrid 1963.

não nas matérias ordinárias ou de expediente). Tal foi a política de D. João IV e de D. Luísa de Gusmão enquanto regente (reunia todos os dias a chamada “junta nocturna”), de D. Afonso VI — embora aqui a coordenação política fosse feita sobretudo pelo escrivão da puridade e valido do monarca, o Conde de Castelo Melhor —, de D. Pedro II (que reunia regularmente o chamado “Gabinete do rei”) e, até certa altura, de D. João V, reinado em que o papel de coordenação começa a transferir-se para os secretários de Estado⁽⁷⁰³⁾ e, depois, para um “ministro universal de despacho”, embrião dos futuros primeiro-ministros, cargo que é pela primeira vez ocupado pelo célebre Cardeal Mota (D. João da Mota e Silva).

⁽⁷⁰³⁾ As secretarias do rei são organizadas formalmente por diploma de 29.11.1643, que cria três secretarias: a “de Estado” encarregada da ligação com o Conselho de Estado e dos despachos das matérias de governo, a “das Mercês” (v. regulamento do despacho das mercês, Ms. 8 da B.N.L.), encarregada das matérias de graça, e a “do Expediente”, encarregada dos assuntos de rotina (assinatura, etc.). As *Secretarias de Estado* (novo nome) vêm a ser remodeladas em 1736 (Alv. 28 de Julho), já como embriões dos futuros ministérios da época contemporânea, embora não tenham substituído os antigos Conselhos e Tribunais, que se mantiveram até aos fins do antigo regime. Embora o trabalho definitivo sobre este importante tema não tenha ainda aparecido, existe sobre ele alguma bibliografia: FRANCISCO MANUEL TRIGOSO DE ARAGÃO MORATO, *Memoria sobre os escrivães da puridade dos reis de Portugal, e do que a este officio pertence*, “Hist. e mem. Ac. Real das Sc. Lisboa” 12. Parte 1.ª (1837) 153 ss.; *Memoria sobre os secretarios dos reis e regentes de Portugal...*, ibid. 2.ª série, 1.ª Parte 1.ª (1843) 27 ss.; MANUEL PAULO MERÊA, *Da minha gaveta (os Secretários de Estado do antigo regime)*, “BFDC” 40(1964)172 ss. e, por último, J. V. SERRÃO, *História de Portugal...*, cit., v, 323 ss. Fontes manuscritas: Cod. CV/1-7, fl. 114 v: da Bibl. Publ. Évora. Para Espanha J. A. ESCUDERO, *Los secretarios de Estado y del despacho (1474-1724)*, Madrid 1969, 4 vols. Para a Europa, em geral, ANDREAS KRAUS, “Sekretarius” und “Sekretariat”. *Der Ursprung der Institution des Staatssekretariats und ihr Einfluss auf die Entwicklung moderner Regierungsformen in Europa*, “Römische Quartelschrift” 55(1960) 43-84; R. MOUSNIER, *Le Conseil du roi de la mort d'Henri IV au gouvernement personnel de Louis XIV*, em “La plume, la faucille et le marteau”, Paris 1970, 141 ss.; *Le conseil du roi, de Louis XII à la révolution*, Paris 1976; J. BÉRENGER, *Pour une enquête européenne. Le problème du ministère au XVII siècle*, “Annales. Éc. Soc. Civ.” 1974.1, 166 ss.; FRANÇOIS BLUCHE, *L'origine sociale des secrétaires d'État de Louis XIV (1661-1715)*, “XVII siècle” 3 42-43(1959) 8-22; *Origines et histoire des cabinets de ministres en France*, Genève 1975; ULRICH ECHTLER, *Einfluss und Macht in der Politik: der Beamtete Staatssekretär*, München 1973.

Por outro lado, o facto de, durante o período filipino, o despacho real dever passar por dois órgãos de coordenação, os Governadores do reino⁽⁷⁰⁴⁾ e o Conselho de Portugal⁽⁷⁰⁵⁾ que, juntamente com alguns secretários régios dotados de forte personalidade política (v.g. Miguel de Moura⁽⁷⁰⁶⁾), Miguel de Vasconcelos, Francisco de Lucena⁽⁷⁰⁷⁾, Diogo Soares, Francisco da Mesquita), imprimiu à política portuguesa uma certa unidade.

Seja como for, estas instâncias de coordenação só vigoraram efectivamente no domínio das matérias de Estado (ou seja, nas matérias de governo subtraídas à competência dos “tribunais especializados”). Nas restantes — matérias “ordinárias” ou de “expediente” — o despacho continuava a ser feito pessoal e isoladamente pelo rei, através dos secretários das repartições adidas a cada um dos tribunais competentes. E, neste campo — que, como vimos, abrangia uma extensa e importante gama de decisões — a coordenação era inexistente, estando o rei sujeito às influências particulares e centrífugas dos diversos tribunais e, mesmo, dos diversos secretários. É por isso que, na sua decisão, o rei acaba por se tornar prisioneiro dos pareceres dos órgãos consultivos tornando-se a “consulta” no fulcro de todo o processo decisório⁽⁷⁰⁸⁾. A “monarquia” coexiste assim com

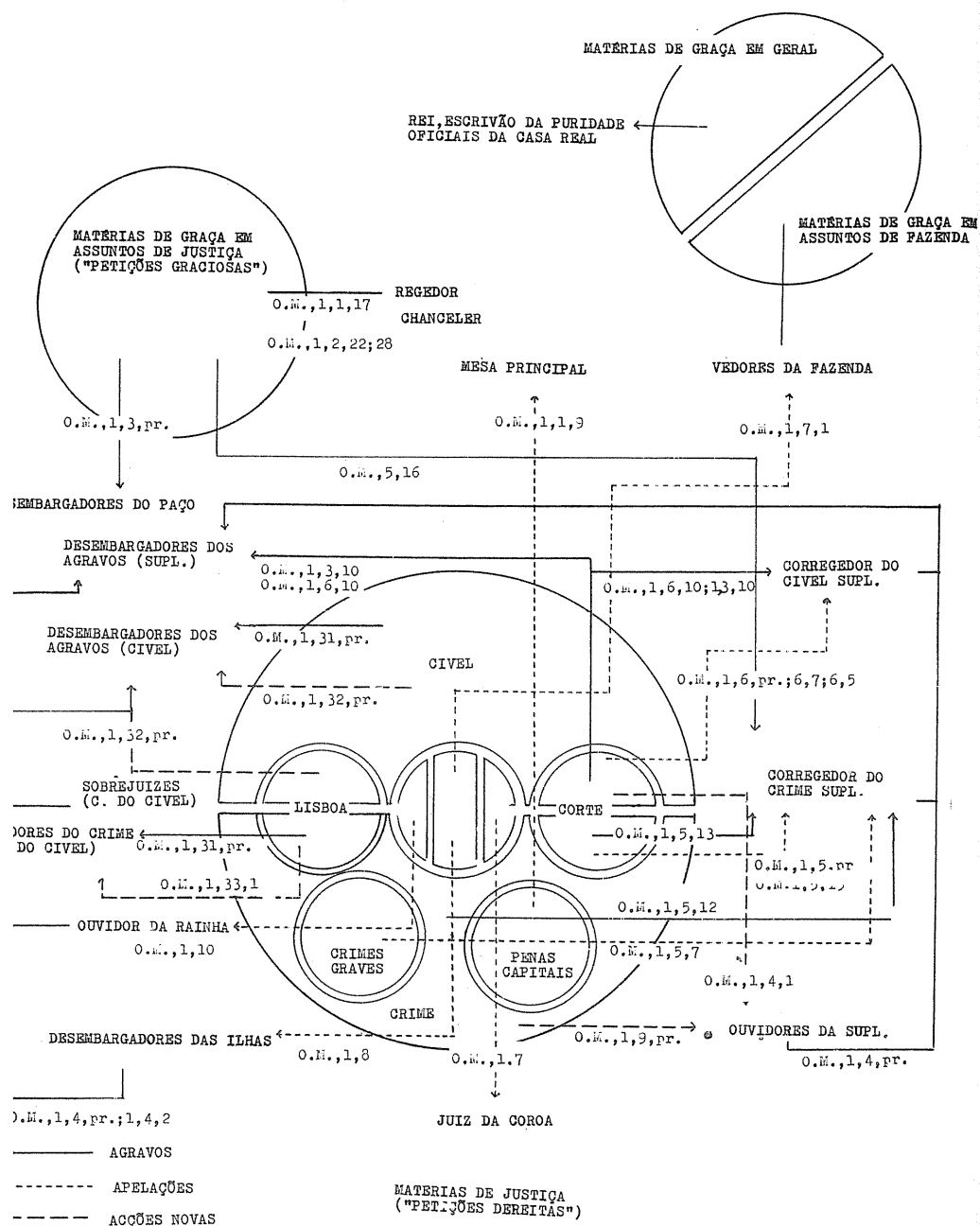
⁽⁷⁰⁴⁾ Sobre os governadores do reino v., por todos e por último, J. V. SERRÃO, *História de Portugal...*, cit., IV, 251 ss. Existem vários regimentos, uns impressos, outros inéditos, dados aos diversos governadores ou vice-reis (v.g.: Ms. 50-V-28 da Bibl. Ajuda, Cod. CV/2-15, fl. 1 ss. e CV/2-7, fl. 223 ss. e Cod. CVIII/1-7, n.º 52 da Bibl. Publ. Évora, Ms. 714, fl. 99 ss. da BUC, J.J.A.S., 1633, p. 318).

⁽⁷⁰⁵⁾ Sobre o Conselho de Portugal v., por último, J. V. SERRÃO, *História de Portugal...*, IV, 251 ss.; de interesse, também, o estudo de FRANCISCO CAEIRO, *O arquiduque Alberto de Áustria*, Lisboa 1961.

⁽⁷⁰⁶⁾ Sobre ele, SALES LOUREIRO, D. Miguel de Moura, Lisboa 1971, e o escrito auto-biográfico *Discurso da vida e serviços de Miguel de Moura escripto por ele mesmo*, em “Despertador Nacional” Coimbra 1821, n.º 1 (que presumo ser a mesma obra publicada sob o título *Chronica do Cardeal Rei D. Henrique, e Vida de Miguel de Moura escripta por ele mesmo*, Lisboa 1840).

⁽⁷⁰⁷⁾ Sobre Francisco de Lucena, JOSÉ EMÍDIO AMARO, *Francisco de Lucena*, Lisboa 1941.

⁽⁷⁰⁸⁾ M. A. Pegas (*Commentaria...*, t.7 [263]) defende, como já vimos, que o rei não pode decidir sem prévia consulta; é também nesta ordem de ideias que se fala de “poder legislativo” dos conselhos e dos juristas. Cf. as observações curiosíssimas de D. Francisco Manuel de Melo (em *Aula política...*, ed. 1720) sobre o estilo de despachar dos reis de Espanha, referindo o hábito de o fazerem



contrário do que se passa com a regulamentação da versão de 1513-14, ainda decalcada da das *Ordenações Afonsinas*) abrem novas perspectivas de organização que serão desenvolvidas durante todo o século XVI, cristalizando-se finalmente na estrutura que encontraremos nas *Ordenações Filipinas*.

9.6. O processo burocrático da administração central.

As praxes de despacho das petições endereçadas aos órgãos da administração central, tal como as encontramos nos finais do séc. XVI, parece terem-se constituído fundamentalmente a partir da última metade do séc. XIV e primeira metade do séc. XV.

É então, por um lado, que se estabelece a prática de os órgãos da administração central darem por escrito o seu parecer ("consulta", "razão", "tensão")⁽⁷¹¹⁾. O aparecimento da "consulta" escrita representa, a nosso ver, um facto de transcendente importância na história administrativa e, mesmo, na história política. De facto, a consulta *materializa* o ponto de vista do "tribunal" ou "conselho" e *autonomiza-o* em relação à vontade do soberano. Nela, o tribunal objectiva os pontos de vista ganham autonomia em relação aos pontos de vista "políticos" do soberano; através dela, e da sua fundamentação, o "tribunal" pressiona o soberano no sentido de uma certa decisão; e, com ela, constitui-se uma "memória burocrática" que se imporá ao tribunal e ao próprio monarca.

É também então que se estabelecem os passos essenciais do circuito burocrático, nomeadamente, o despacho por "rol" ou "ementa" — ou seja, a prática de o rei não assinar isoladamente o despacho de cada uma das petições, mas de assinar apenas uma lista onde, brevemente, se enunciava o seu conteúdo⁽⁷¹²⁾.

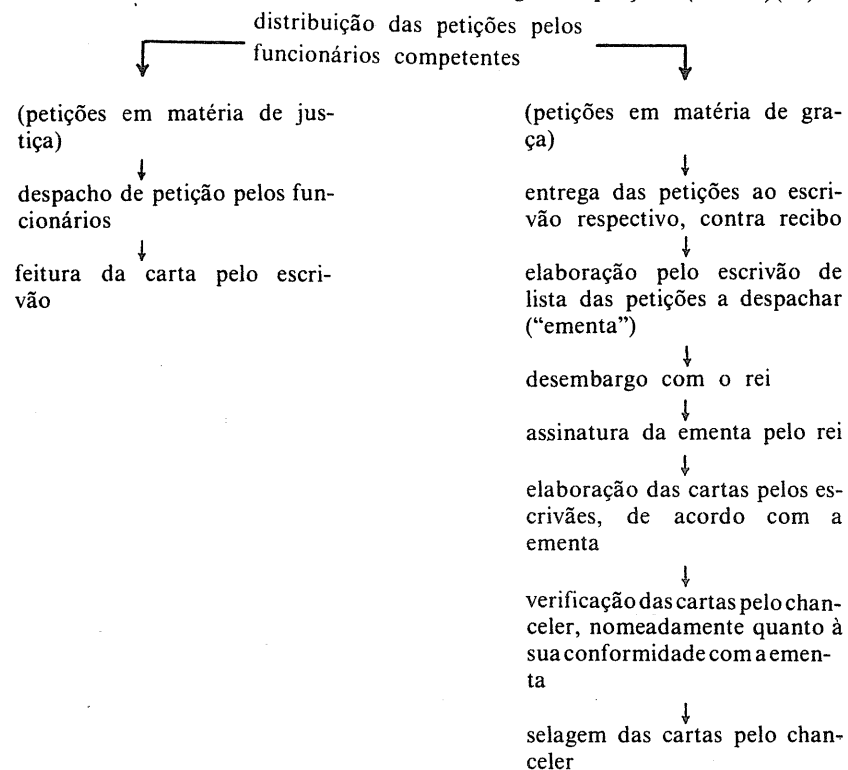
⁽⁷¹¹⁾ A redução a escrito das "razões" dos funcionários do tribunal régio (nas petições de graça, porque nas de justiça a utilização da forma escrita terá sido mais temporária) aparece ainda como excepcional na "Hordenação como se ham de desembargar as pitições" (de 1361?) (publicada por ARMANDO L. DE CARVALHO HOMEM, *Subsidios...*, cit., 50 ss.). Aí o despacho dos altos funcionários com o rei é, em regra, presencial e oral; isso só não acontece no caso de o rei estar ausente para caçar, caso em que as petições lhe seriam enviadas com a informação do funcionário palatino que tinha preparado o despacho (ibid., 51/2).

⁽⁷¹²⁾ Este despacho por ementa ou rol destinava-se a tornar mais expedito e mais cómodo o despacho real e a permitir que ele tivesse lugar antes da

Por outro lado, verifica-se um sensível incremento do processo escrito, ao mesmo tempo que se estabelece a estrutura articulada dos autos⁽⁷¹³⁾.

Nos seus traços gerais é a seguinte a estrutura dos circuitos burocráticos das petições nos órgãos da administração central.

A. "Hordenação como se ham de desembargar as pitições"(1361 ?)⁽⁷¹⁴⁾

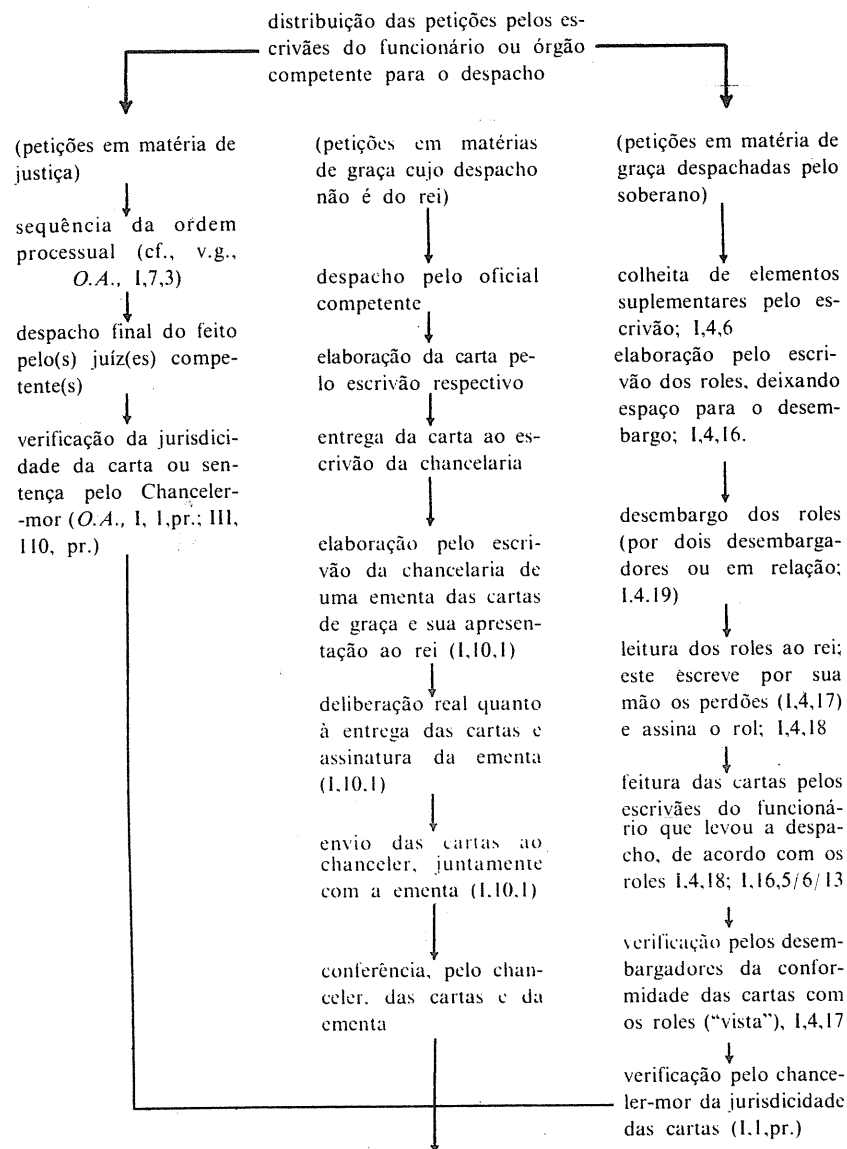


passagem das cartas (evitando que fossem passadas cartas de petições que o rei afinal não atendesse). Ele aparece, como novidade, na já referida "Hordençam..." (ob. cit. na nota anterior, 51).

⁽⁷¹³⁾ Cf. O.A.1,7,3; sobre o processo articulado e a sua importância na história, do direito, F. WIEACKER, *História do direito privado moderno* cit., 200,202 s.,210.

⁽⁷¹⁴⁾ Publicada por ARMANDO L. DE CARVALHO HOMEM, *Subsídios...*, cit.

B. Ordenações Afonsinas (1446-7).

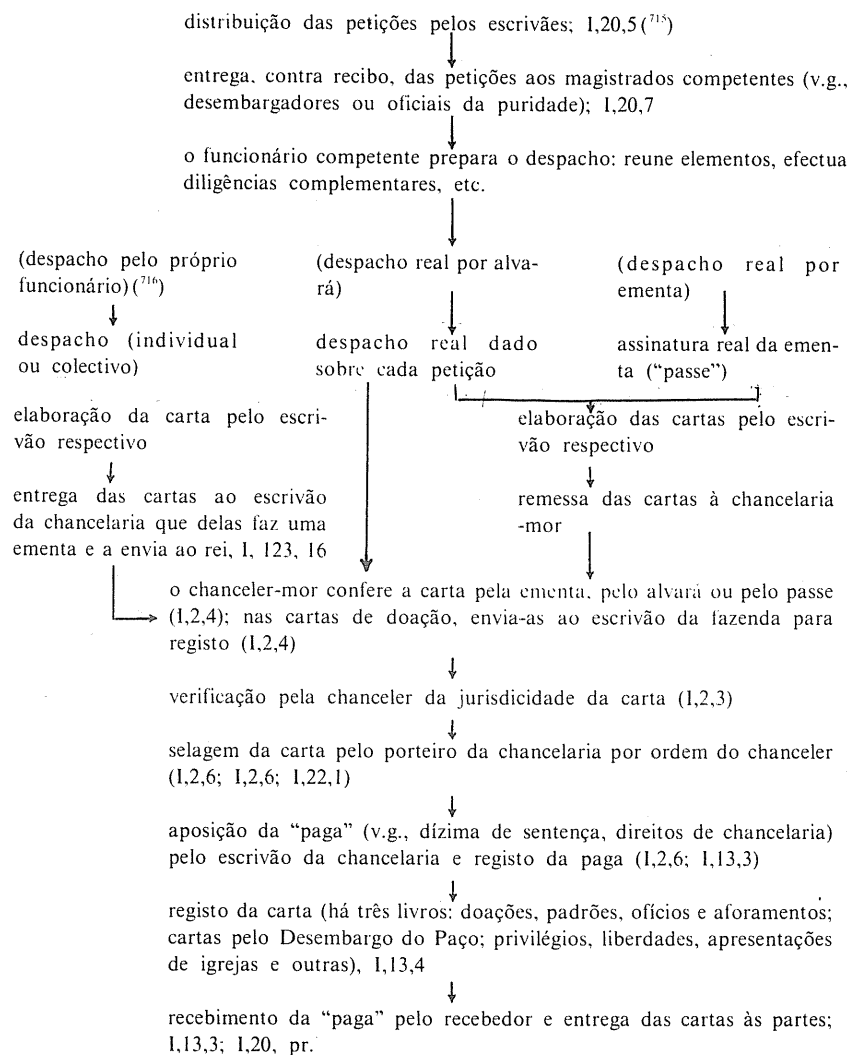


selagem das cartas pelo porteiro da chancelaria (1.17.pr.) com o selo respectivo (ibid.), na presença do chanceler (1.4.17; 1.17.pr.)

aposição da "paga" e registo desta pelo escrivão da chancelaria (1.10.pr.; 1.17.pr.); registo das cartas no livro de chancelaria (1.10.pr.)

o recebedor recebe a "paga" das partes (1.17.pr.)

C. Ordenações manuelinas (1521)



⁽⁷¹⁵⁾ Além dos escrivães da câmara real, quatro dos desembargadores do Paço e dos Agravos, um do Juiz dos feitos da Coroa, três dos Ouvidores, seis dos Corregedores e um do Ouvidor da Rainha.

⁽⁷¹⁶⁾ Os despachados pela Casa do Cível não vinham à Chancelaria Mor.

9.7. O Desembargo do Paço.

a) Introdução.

O Desembargo do Paço é, até ao pleno desenvolvimento da figura dos Secretários de Estado, o principal órgão da administração central.

A literatura da época identifica-o de tal modo com a pessoa do próprio monarca que os seus membros são considerados como fazendo parte do corpo místico do próprio príncipe⁽⁷¹⁷⁾. Ele é, por excelência, o Conselho Régio, presidido pelo próprio rei⁽⁷¹⁸⁾; e, por isso, os seus membros têm, automaticamente, carta de conselheiros⁽⁷¹⁹⁾ e gozam dos privilégios por direito comum atribuídos aos conselheiros da câmara (*consilarii cameralii*)⁽⁷²⁰⁾.

Nestes termos, a sua competência era, em princípio, a própria competência do rei⁽⁷²¹⁾, nomeadamente e sobretudo a de

⁽⁷¹⁷⁾ V. J. PINTO RIBEIRO, *Lustre ao Desembargo do Paço*, ed. cit. Conimbricæ 1729, I,26; daí que os seus membros devessem ser honrados como o próprio príncipe e venerados por todos, nomeadamente por nobres, magnates e titulares do reino (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7, ad Reg. Sen. Pal., c. 1, n. 3); o seu poder é o próprio poder real embora não absoluto, JOÃO CARVALHO, *Novus et methodicus tractatus de una et altera quarta deducenda... ad cap. Raynaldus, de testamentis*, ed. cit., Antuerpiæ 1731, p. 1, n. 416; têm direito ao tratamento de "ilustres" (no que só são acompanhados pelos membros do Conselho da Fazenda e do Conselho de Estado) (ibid.; cf. O.F.5,120).

⁽⁷¹⁸⁾ É o "verdadeiro conselho dos reis de Portugal" (J. PINTO RIBEIRO, *Lustre...*, cit., I,26). Até ao reinado de D. Sebastião, o Desembargo do Paço foi presidido pessoalmente pelo rei; a nomeação de D. João de Melo como primeiro presidente do D. P. levantou protestos e foi encarada como uma tentativa dos privados do jovem rei para curto-circuitar a ligação entre o rei e este tribunal e, assim, reduzir a força de um órgão incómodo (J. PINTO RIBEIRO, *Lustre...*, cit., I,61). Só a partir da segunda metade do séc. XVII, o D.P. volta a conhecer presidentes que não o rei (Rui de Moura Teles, em 1660; o Marquês de Gouveia, em 1667; o Duque do Cadaval, D. Nuno Álvares Pereira, em 1698).

⁽⁷¹⁹⁾ Cf. J. PINTO RIBEIRO, *Lustre...*, cit., I, 26/7 (entorses a este princípio sob os Áustria).

⁽⁷²⁰⁾ J. PINTO RIBEIRO, *Lustre...*, cit., I, 45 ss.; JOÃO CARVALHO, *Novus et methodicus tractatus...*, cit., p. 1, n. 416.

⁽⁷²¹⁾ M. MENDES DE CASTRO, *Practica lusitana...*, cit., I, I, c. 2, n. 2 (os decretos do D.P. são, por direito comum, equiparados aos do próprio rei).

dispensar as leis⁽⁷²³⁾, usando da *potestas extraordinaria* que só ao rei competia e que os outros tribunais do paço não podiam exercer⁽⁷²³⁾.

As *Ordenações* (O.F., 1,3) e o Regimento de 15.7.1591, anexo ao seu Liv. I⁽⁷²⁴⁾, restringiam, no entanto, o âmbito da competência do Desembargo do Paço. As *Ordenações* definiam, numa fórmula geral, este âmbito como sendo o do despacho “das petições de graça, que nos for pedida, em causa, que à Justiça possa tocar... que não sejam, nem toquem a direitos reais, rendas, e tributos nossos” (O.F.I, 3, pr.). Ficavam, portanto, fora da competência do Desembargo do Paço não só as petições de “mera graça” (mercês em privilégios, honras, ofícios) — reservadas para o despacho pessoal do rei —, e as matérias gerais de governo — reservadas também à decisão do soberano, eventualmente assessorado por outros órgãos palatinos já referidos — mas ainda as matérias da Fazenda — reservadas ao Conselho da Fazenda — e as matérias de justiça — reservadas às “relações” (Casa da Suplicação, Casa do Cível e, posteriormente, relações do ultramar).

Esta limitação da competência não diminuía, contudo — pelo menos perante a teoria política da época — a dignidade deste tribunal. Pois ficava-lhe reservado um domínio das matérias de justiça, — matérias que então se considerava constituírem o cerne do múnus real (v. *supra* 143 ss.) — e justamente o domínio mais nobre, aquele em que não se julgava segundo “as agudezas e subtilidades do direito, mas segundo a equidade que é ditada pela consciência”⁽⁷²⁵⁾. A missão do Desembargo do Paço é, assim, a de “administrar um poder e

(723) O D.P. não só pode dispensar as leis (discute-se apenas se nos casos indicados no seu regimento ou em geral — v. *infra* e M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7, Ad. Reg. Sen. Pal., c. 100, n. 18); também pode determinar que certa provisão sua não passe pela chancelaria (o que é privilégio real), § 5 do Regimento e M. A. PEGAS, *loc. cit.*, n. 43.

(724) JOÃO CARVALHO, *Novus et methodicus tractatus...*, cit., p. 1, n. 416.

(725) Sobre os regimentos anteriores, v. *supra*, 000; posterior, existe ainda o de 30.10.1641.

(726) J. PINTO RIBEIRO, *Lustre...*, cit., I, n. 38. Este autor distingue a “administração da justiça”, da qual o D.P. participava, e o “governo económico”; este segundo, de inferior dignidade, era levado a cabo através de outros tribunais menores (*ibid.*, I, n.40).

jurisdição absolutos, dispensando as leis, tanto nas matérias cíveis como criminais”⁽⁷²⁶⁾. Como veremos, todas as atribuições particulares deste tribunal são subsumíveis a esta definição geral da sua competência.

A progressiva ascensão dos órgãos de governo pessoal do rei — primeiro, no tempo dos reis Áustria, o Conselho de Portugal em Madrid; depois, os secretários de Estado — irá fomentar um entendimento sucessivamente mais restritivo da competência do Desembargo do Paço. Se, nos fins do séc. XVI, inícios do séc. XVII, se entendia a enumeração das concretas atribuições de graça feita nas *Ordenações* e no *Regimento* como não exaustiva⁽⁷²⁷⁾, já na segunda metade do séc. XVII se começa a interpretar pontualmente a enumeração das competências legais do Desembargo do Paço, entendendo-se, nomeadamente, que o seu poder de dispensar as leis se restringia apenas aos casos contidos no regimento⁽⁷²⁸⁾.

b) Competência.

Apesar de, teoricamente, se tratar de um órgão apenas consultivo do rei, isto não quer dizer que o Desembargo do Paço

(726) JOÃO CARVALHO, *Novus et methodicus tractatus...*, cit., p. 1, n. 416.

(727) M. MENDES DE CASTRO, (*Practica lusitana...*, cit., I,1, c. 2, n. 3; I, 3, c. 3, n. 3) defende que é da competência do D.P. dispensar qualquer lei que, no caso concreto, se mostre dura e injusta. No mesmo sentido parecem militar ainda os §§ 31 e 114 do Regimento e ainda O.F.,1,3,13. Também no sentido de uma interpretação alargada da competência do D.P., J. PINTO RIBEIRO, *Lustre...*, cit., I, 67 ss.

(728) É a opinião de M.A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7, Ad Reg. Sen. Pal., c. 2, n. 1. O Desembargo do Paço deixa então, de ser um órgão de competência universal (como conselho real) — ao qual seriam devolvidas todas as questões não pertencentes a qualquer outro dos órgãos da administração central — para passar a ser, também ele, um órgão de competência sectorial e finita, deixando o lugar anterior aos secretários de Estado.

Este lugar preeminente do Desembargo do Paço como conselho real explica que lhe esteja cometida a resolução dos conflitos de jurisdição entre os restantes tribunais palatinos; assim como explica que seja com os desembargadores do Paço que o chanceler-mor deve aconselhar-se quando entender não dever selar algumas cartas passadas por quaisquer daqueles tribunais (O.F.,I,2,3).

(729) (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 2 (ad I,3,13) gl. 28, n. 1; O.F.,I,3,13 e uma lei de 1570).

não acabasse por constituir um centro de poder relativamente autónomo em relação ao próprio monarca.

Ele tem, em primeiro lugar, um domínio de competência própria, sucessivamente mais amplo, em que toma a decisão final (ou seja, na linguagem da época, em que não se verifica o “passe real”)⁽⁷³⁰⁾.

No restante, o Desembargo do Paço apenas prepara os processos para decisão real, nomeadamente através da elaboração de um “parecer” ou “consulta”. Mas, mesmo aqui, o seu poder *de facto* é muito grande. Por um lado, pode indeferir *in limine* a petição (“escusar”), nomeadamente quando sobre petição idêntica já tivesse recaído um indeferimento⁽⁷³¹⁾. Por outro, a sua opinião — que, pelo seu peso técnico e político, não pode deixar de representar uma pressão muito relevante sobre o rei — é considerada pela doutrina como um requisito essencial de validade das provisões⁽⁷³²⁾. E ao rei nem sequer resta o artifício de, pela nomeação de desembargadores suplementares, fazer alterar o peso dos votos, pois isto estava expressamente proibido pelo Regimento⁽⁷³³⁾.

⁽⁷³⁰⁾ Esta área de competência própria em matéria de graça existe desde as *Ordenações Manuelinas*, como já vimos; mas é substancialmente alargada no reinado de D. João III (regimento de 1564); sobre as razões, DAMIÃO DE GÓIS, *Crónica do felicíssimo rei D. Manuel*, p. 4, c. 84. No regimento de 1591, cf. ns. 41-115; a fórmula usada neste caso era “El-Rei nosso Senhor o mandou por F e F”. (*Reg. 1591*, n. 115).

⁽⁷³¹⁾ Ainda quando recebiam ordem expressa do rei para fazerem subir à sua presença a petição (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7, *Ad. Reg. Sen. Pal.*, c. 5, pág. 358 [citando um aresto publicado por M. PHAEBE, *Decisiones...*, p. 2, aresto 8], e c. 95, n. 25, pág. 655, e n. 54, pák. 660, [citando uma lei de 18.4.1641]).

⁽⁷³²⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria*, t. 7, *Ad. Reg. Sen. Pal.*, c. 100, n. 22 (só intervindo consulta se tem a certeza de que a vontade expressa pela assinatura é consciente); a resposta concordante do rei exprime-se nas fórmulas “como parece” ou “passe”. Por outro lado, a doutrina (sobretudo a canonística) pre-iluminista entendia que a consulta, só por si, já criava um direito para o peticionário, direito que não podia ser elidido senão por justíssima causa.

⁽⁷³³⁾ *Reg. 1591*, n. 10; M. A. PEGAS refere (*Commentaria...*, t. 7, *Ad. Reg. Sen. Pal.*, c. 18, n. 1) que este expediente era frequentemente usado, citando casos concretos; a explicação desta preocupação do rei de alterar a seu favor o sentido da maioria explica-se ainda nos termos da doutrina da época de que o rei tinha que respeitar o parecer do “maior número”, e não dos “melhores”; mas a questão não era pacífica.

Mesmo para além do domínio da sua competência, os Desembargadores do Paço devem visar todas as cartas passadas pelos escrivães da câmara real. O fim desta “vista” é o de verificar a correspondência entre a carta e a ementa ou decreto real⁽⁷³⁴⁾; mas isto não deixaria de constituir uma ocasião asada para controlar também os aspectos de fundo. A este controle acresce aquele, a que já nos referimos, que deriva da intervenção do Desembargo do Paço no despacho das dúvidas do chanceler sobre cartas expedidas por outros órgãos palatinos⁽⁷³⁵⁾.

Sobre os dias de despacho do Desembargo do Paço, v. *Reg. 1591*, ns. 4 ss., onde também se pode ver o elenco de matérias despachadas em cada um dos dias; sobre o número de escrivães e a distribuição da sua competência, v. O.F., I, 24; sobre o circuito das petições, v., antes, o regime das *Ordenações Manuelinas*, do qual este se aproxima muito, com as naturais variações de época para época.

A competência do Desembargo do Paço abrange, como vimos anteriormente, as “matérias de graça em assunto que toque à justiça”. A enumeração pontual das suas atribuições — feita extensamente no Regimento de 1591 e, com menos pormenor, no tit. 3 do liv. 1 das *Ordenações Filipinas* — confirma aquela fórmula geral, pois, na realidade, quase todas as atribuições listadas configuram situações de dispensa das leis gerais do reino (“cartas de privilégio”), às quais se juntam alguns casos de exercício daquilo a que hoje chamaríamos poder discricionário do rei (“cartas de benefício”, no uso da “jurisdição voluntária” do rei).

Salientemos algumas das “cartas de privilégio” mais importantes.

a) concessão de perdões — em crimes não excluídos pelo Regimento (cf. *Reg.*, n.º 18), precedendo perdão do ofendido⁽⁷³⁶⁾; e levantamento de degredos (O.F., I,3,12).

b) cartas de fiança para os réus de crimes não excluídos pelo regimento (cf. *Reg.*, 25 e 26) aguardarem em liberdade o

⁽⁷³⁴⁾ *Reg. 1591*, n. 2; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7, *Ad. Reg. Sen. Pal.*, c. 9, n. 2 ss.

⁽⁷³⁵⁾ Cf., *supra*, 528 ss.

⁽⁷³⁶⁾ V., por todos, JOÃO PINTO RIBEIRO, *Lustre...*, cit., c. 3; M. BARBOSA (*Remissiones doctorum...*, cit./ed. 1620/, ad I,3,9,n.9) refere que viu deferidos casos de perdão a nobres sem o perdão de parte.

juízo (Reg. 24 a 31); e, em casos excepcionais, cartas “de seguro” (Reg. 97/8)⁽⁷³⁷⁾.

c) concessão do recurso de revista, nos casos em que não se verificassem os pressupostos da utilização ordinária do recurso (O.F., III, 95: falsas provas ou falsas escrituras, suborno de juiz)⁽⁷³⁸⁾;

d) autorização para sub-rogação (por troca) dos bens dos morgados foreiros ou dotais, nos casos em que a causa pública justificasse a dispensa das leis sobre inalienabilidade dos bens vinculados ou equiparados (Reg., 39);

e) dispensa ou prorrogação do prazo estabelecido na Ordenação para os oficiais de justiça solteiros se casarem (Reg. n. 42), bem como dispensa da idade mínima para servir nos cargos (Reg., 16, 85, 93; cf. O.F., I, 65, 12);

f) autorização de recursos fora do prazo (Reg., 91);

g) autorização para os rendeiros, tesoureiros ou procuradores dos concelhos cobrarem dívidas dos concelhos fora do prazo (Reg., 92);

h) concessão de autorização para se não executar alguma provisão régia (Reg. 101)⁽⁷³⁹⁾;

i) concessão de autorização para se não observarem posturas que proibam o comércio inter-urbano de cereais (Reg. 113);

j) passagem de cartas de legitimação e perfilhação, nomeadamente para os efeitos de O.F. II, 35, 12 e 56 (sucessão nos bens da coroa) — O.F., I, 3, 1;

l) passagem de cartas de emancipação, dispensando os limites de idade das Ordenações (v.g. I, 88, 28; III, 42) — O.F., I, 37.

m) confirmação das doações que ultrapassassem a quantia expressa nas Ordenações (“insinuação”, cf. Reg., 110 c. O.F., IV, 62) — O.F., I, 3, 1;

n) autorização da prova por testemunhas (“prova de direito comum”), para além da quantia prevista nas Ordenações (cf. O.F., III, 20, 25) — Reg., 76;

o) autorização para nomeações interinas de funcionários (“serventias”) — Reg. 94, cf. O.F., I, 97;

p) provisões “restituindo a fama” a pessoas condenadas por crime infamante (O.F., I, 3, 2).

q) ampliação da jurisdição ordinária dos oficiais (Reg., 45/6, 86).

⁽⁷³⁷⁾ Sobre a diferença entre “cartas de fiança” e “cartas de seguro”, JOAQUIM JOSÉ C. PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, Lisboa 1800, §§ 67 ss. e 81 ss.

⁽⁷³⁸⁾ V., sobre as “revistas”, IGNACIO PEREIRA SOUSA, *Tractatus de revisionibus*, Ulyssipone 1672; sobre a sua evolução, M. PAULO MERÊA, *Bosquejo histórico do recurso de “revista”*, “BMJ” 7(1948) 43-72.

⁽⁷³⁹⁾ Mas não no caso de sentenças, pois isso representaria a violação da jurisdição de um outro tribunal; cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7, p. 687.

No domínio das “cartas de benefício”, as mais importantes eram as seguintes:

a) autorização para se darem de sesmarias os bens dos concelhos (O.F., I, 3, 3);

b) autorização do lançamento de fintas dos concelhos acima do montante para que o corregedor é competente (Reg. 84 e O.F., I, 3, 3; cf. I, 58, 43);

c) autorização para se fazerem demarcações e tombos (Reg. 41)⁽⁷⁴⁰⁾;

d) apresentação de igrejas e capelas do padroado real (Reg., 55);

e) cartas de nomeação de tabeliães (Reg. 56); de escrivães, porteiros, contadores e inquiridores dos tribunais da corte (Reg., 56, 57, 60 e 62); de oficiais menores de justiça das comarcas (Reg., 62/3); embora a “dada” de todos estes ofícios fosse do rei (Reg., 66);

f) confirmação dos juizes ordinários e dos órfãos nas terras (O.F., I, 3, 4)⁽⁷⁴¹⁾;

g) cartas mandando tirar residências aos provedores, corregedores, ouvidores e juizes (Reg. 105); bem como cartas mandando fazer inquéritos e sindicâncias (“devassas”) — Reg., 102/3;

h) autorização para se exercer a advocacia nos tribunais superiores, depois de exame perante os respectivos chanceleres (Reg., 60)⁽⁷⁴²⁾; bem como para as pessoas não graduadas exercerem a advocacia perante os corregedores e juizes das terras, precedendo exame perante o Desembargo do Paço (Reg., 70);

i) exame de tabeliães e escrivães e passagem das respectivas cartas (Reg., 71);

j) certidões de leis e de outros documentos existentes no arquivo régio (Reg. 68 e 69; v. lei 11 das Cortes de 1641);

l) concessão de interdictos possessórios (“cartas tuitivas”) destinadas a proteger provisoriamente um direito O.F., I, 3, 6; III, 85, 1; Reg., 116);

m) confirmação de posturas locais⁽⁷⁴³⁾.

n) concessão de licenças para se imprimirem livros relativos à história, política ou outras matérias temporais (Leis de 16.11.1623 31.5.1632);

Para além destas atribuições, competia ao Desembargo do Paço, como já vimos, resolver os conflitos de jurisdição entre as

⁽⁷⁴⁰⁾ Cf. ANTÓNIO LOPES LEITÃO, *Praxis finium regundorum*, Ulyssipone 1654.

⁽⁷⁴¹⁾ Também nas terras das ordens (Reg., 106) e nas terras dos donatários (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7, p. 606).

⁽⁷⁴²⁾ Cf. Cf. O.F., I, 4, 8; I, 48, 1; assento de 9.1.1620. Sobre o ponto, JOÃO MARTINS DA COSTA, *Domus supplicationis stylus...*, cit., an. 17, n. 4 ss.

⁽⁷⁴³⁾ Cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 2 (ad I, 2, 3) gl. 9, n. 6 ss.

Casas do Cível e da Suplicação (O.F., I, 3, 13), competência alargada por um Alv. de 24.5.1654 aos conflitos de jurisdição entre os restantes tribunais superiores.

c) *Papel sócio-político.*

Com os dados disponíveis, não se pode ter uma ideia clara dos grupos sociológico-políticos que canalizaram através do Desembargo do Paço as suas pretensões de poder. Um estudo perfunctório das carreiras dos Desembargadores do Paço que tomaram posse de 1614 a 1704⁽⁷⁴⁴⁾ permite apenas concluir:

a) a esmagadora maioria dos desembargadores do Paço era de juizes de carreira; carreira que, iniciada, nos tribunais superiores, pela Casa do Cível e incluindo uma passagem pela Casa da Suplicação (geralmente como desembargadores dos agravos), terminava normalmente no Desembargo do Paço;

b) o número de desembargadores providos do magistério universitário não era de modo algum dominante (cerca de 15%)⁽⁷⁴⁵⁾; mas já o era o número daqueles que tinham frequentado os colégios conimbricenses de S. Pedro e de S. Paulo (colégios “doutorais”), sobretudo na primeira metade do séc. XVII (55% até 1650; 40% de 1650 a 1700)⁽⁷⁴⁶⁾;

c) poucos são os desembargadores que chegam directamente ao Desembargo do Paço, sem terem passado por cargos judiciais prévios, embora se encontrem uns quantos casos de desembargadores “políticos”⁽⁷⁴⁷⁾;

⁽⁷⁴⁴⁾ Com base nos dados tirados do livro de posses do Desembargo do Paço e constantes do Cod. 1457 F.G. da BNL.

⁽⁷⁴⁵⁾ Uma lei de 19.7.1673 reserva, em todo o caso, um lugar no desembargo do Paço para os lentes de prima da Universidade.

⁽⁷⁴⁶⁾ Sobre estes colégios, A. G. RIBEIRO DE VASCONCELOS, *Os colégios universitários de Coimbra*, Coimbra 1938.

⁽⁷⁴⁷⁾ São Sebastião César de Menezes, Rodrigo de Menezes, João Pinto Ribeiro, todos nomeados em 1641 sem uma carreira judicial anterior significativa; Pedro Fernando Monteiro, nomeado em 1655 e ex-ouvidor em Vila Viçosa; Pantaleão Rodrigues Pacheco, nomeado em 1650; João de Azevedo, Brás Ribeiro da Fonseca, ambos nomeados em 1650, e Manuel da Costa e Almeida, nomeado em 1655, todos provenientes da administração eclesiástica.

d) de acordo com os dados existentes na fonte, legistas e canonistas equilibravam-se em número;

e) o número anual médio de nomeações para o Desembargo do Paço era baixo (85 nomeações em 93 anos), correspondendo o “movimento” à cadência das baixas “naturais”; em todo o caso, períodos de mudanças políticas profundas — como a Restauração ou o “golpe” de Castelo Melhor — correspondem a “picos” na curva das nomeações⁽⁷⁴⁸⁾;

A partir daqui, o retrato “robot” que se poderia traçar seria a de um órgão dominado por juizes experimentados e burocratas, já nos finais das suas carreiras, penetrados por um espírito de corpo cujo treino começara nos colégios universitários de Coimbra; órgão caracterizado pela permanência do seu pessoal e pela insensibilidade da sua composição às flutuações da política (pelo menos, às menores). Mas só um estudo detalhado das biografias dos desembargadores e da prática deste órgão no conjunto da política da época poderá dizer se este retrato é fiel à realidade.

Tanto quanto me foi possível averiguar, é a seguinte a situação dos fundos arquivísticos do Desembargo do Paço.

São muito escassos os fundos arquivísticos deste tribunal anteriores aos meados do séc. XVIII, provavelmente por terem sido destruídos pelo terramoto os seus arquivos. Deles não restam senão umas quatro dezenas de livros, repartidos pelo Arquivo de Ajuda (44-14-3/10, livro de registo de consultas dos finais do séc. XVI, inícios de XVII) e por vários núcleos do ANTT — o núcleo do Ministério do Reino, onde existem 5 livros de registos de consultas do séc. XVII; 18 livros de registos de consultas de 1614 a 1638; no núcleo do Ministério da Justiça, três maços de documentos de 1644 a 1648; e ainda o livro de juramentos dos Desembargadores dos sécs. XVI a XVIII.

Já para o período posterior ao terramoto e até à sua extinção, em 1833, o arquivo do Desembargo do Paço se encontra praticamente intacto, com livros, processos e índices-ficheiros originais, no ANTT (índices 218, 219-24, 237). Infelizmente, dada a mole imensa do espólio e a falta de um tratamento exploratório ou desbravador, pouco tem sido utilizado.

9.8. Orientação bibliográfica.

Para a problemática geral da história administrativa, tal como ficou esboçada em 9.1, v. PIERRE LEGENDRE, *Évolution des*

⁽⁷⁴⁸⁾ Nove nomeações, de 1640 a 1643; oito nomeações, de 1662 a 1665.

systemes d'administration et histoire des idées. L'exemple de la pensée française, "Ann. Fond. Ital. per la storia amministr.", 3(1966) 254-74. Do mesmo autor, duas obras muito estimulantes, embora de leitura muito difícil, em que se procura relacionar o sistema político-administrativo com a problemática da psicanálise: *L'amour du censeur*, Paris 1977; *Jouir des pouvoirs*, Paris 1979. Sobre o contributo weberiano, JOHANNES WINCKELMANN, *Max Webers historische und soziologische Verwaltungsforschung*, "Ann. Fon. Ital. per la storia amministr." 1(1964) 27-67; mas vale a pena ler o próprio M. WEBER, nas suas páginas sobre a burocracia (*Wirtschaft und Gesellschaft*, III, VI; há trad. esp., *Economía y sociedad*, Mexico 1944).

Sobre a burocracia, para além do que ficou citado, v. a bibliografia que indico no prefácio à colectânea, em edição, de textos sobre o sistema político moderno (ed. Fundação Calouste Gulbenkian).

Para o estudo da administração central portuguesa nesta época (além das obras mais particulares citadas no texto): H. DA GAMA BARROS, *História da administração...*, vol. III; MARCELLO CAETANO, *O governo e a administração central*, em "História da Expansão portuguesa no Mundo" 3(Lisboa 1940) 189-98; JOSÉ GONÇALO DE SANTA RITA, *O governo central e o governo local. Organismos judiciais e administrativos com intervenção no ultramar. A administração local*, ibid. 2(1939) 73-7; FORTUNATO DE ALMEIDA, *História...*, maxime v. V; LUÍS A. REBELO DA SILVA, *História de Portugal...*, maxime vol. III; J. VERÍSSIMO SERRÃO, *História...*, maxime vols. IV e V; MARCELLO CAETANO, *História...*, maxime 461 ss.

Para indicações bibliográficas sobre a historiografia europeia da administração v. *Stato e pubblica amministrazione* (ed. A. MUSI), Napoli 1979, maxime p. 62 ss. e 321 ss., com indicação da problemática e extensa e actualizada bibliografia, ou *Lo stato moderno* (ed. E. ROTELLI e P. SCHIERA), Milano 1971 ss. 3 vols. (maxime II. *Principi e ceti*), também com abundante bibliografia, organizada por países e orientações quanto à problemática.

A revista mais importante para este domínio é: "Annali della Fondazione Italiana per la storia amministrativa", Milano 1964 ss.; para Espanha, são de consultar os (três, até agora) volumes dos "Symposia de historia de la Administración" (Madrid 1970-74).

10. Os órgãos de governo. As cortes.

Vimos, nos capítulos anteriores, alguma coisa acerca da natureza do poder real e dos seus limites nos planos teórico e dogmático. Ao descrever os traços gerais da organização concelhia (bem como, no período anterior, ao descrever os poderes jurídicos e políticos das classes feudais) demos uma indicação das limitações do poder real na ordem prática. Completaremos estas últimas indicações com uma breve descrição do regime político-constitucional das cortes.

Como já antes se disse (cf., *supra*, 148 ss.), as cortes do antigo regime são o resultado da evolução da cúria régia. A distinção entre uma e outra assembleia costuma ser feita a partir da existência ou não de poder de iniciativa quanto à apresentação de temas de discussão: assim, enquanto que a cúria régia apenas se pronunciava sobre os temas que lhe eram propostos pelo soberano, as cortes dispõem do privilégio de provocar a resposta real a certas questões postas por quaisquer dos seus braços (*pedidos, agravamentos*). Como esta linha de demarcação é contemporânea de outras (v.g., a participação de representantes dos concelhos nas reuniões da cúria extraordinária, ou o reconhecimento da obrigatoriedade da participação das cortes na decisão de certas matérias) o critério de distinção entre cúria e cortes não tem sido unânime⁽⁷⁴⁹⁾. O que, no entanto, é justo

⁽⁷⁴⁹⁾ M. CAETANO [*As cortes de Leiria de 1254*, 1954; *Subsídios para a história das cortes medievais portuguesas*, em "Rev. Fac. Dir. Lx.", 15(1961-2) 7; v. *Cortes*, em "Enc. Verbo"] caracteriza as cortes pelo facto de nelas participarem representantes dos concelhos; para ele, as primeiras cortes seriam, então, as de Leiria de 1254. M. PAULO MERÊA (*O poder real e as cortes*, Coimbra 1923, 26 ss.) relaciona o surgir das cortes com a admissão de procuradores dos concelhos, com a aquisição pelas cortes de competência exclusiva sobre matérias fiscais e monetárias, com o carácter fiscalizador da sua actividade, materializado na formulação de "agravamentos"; para ele, a transformação da cúria em cortes teria constituído um processo gradual e contínuo. G. BRAGA DA CRUZ (*História do direito português*, ed. polic., Coimbra 1955, 266) data o aparecimento das cortes pelo facto de "nelas ser permitido aos representantes do clero, nobreza e povo propor assuntos à discussão e deliberação da assembleia". Esta distinção entre "cúria" e "cortes" é, na verdade, o afloramento de um problema fundamental na historiografia constitucional — o da distinção entre o sistema político feudal típico e o sistema político corporativo (ou "Estado de ordens"). A opinião dominante é a

realçar é que, nos meados do século XIII, a antiga cúria régia extraordinária, ao ser integrada por representantes dos concelhos (possivelmente, a partir das cortes de Guimarães de 1250)⁽⁷⁵⁰⁾ — cuja importância político-económica era cada vez mais decisiva —, ao adquirir a faculdade de indicar temas de discussão ao próprio rei e ao ver reconhecida a sua competência exclusiva para a decisão de certos assuntos (nomeadamente, a quebra da moeda e o lançamento de novos impostos), adquire novas características, suficientemente distintas para que se possa falar de um novo órgão político-constitucional.

A historiografia das cortes está, entre nós, cheia de reflexos ideológico-políticos⁽⁷⁵¹⁾. Ela surgiu sempre intimamente ligada aos sucessos políticos da idade moderna — justificação da “restauração” (v.g., posição da historiografia alcobacense acerca das cortes de Lamego), polémica em torno do regalismo josefino (v.g., teses sobre as relações entre o rei e as cortes defendidas na *Dedução chronologica e analytica*, expoente máximo, em Portugal, da teoria absolutista), tentativas de reforma pacífica do Estado absoluto (v.g., discussão entre ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS e PASCOAL J. DE MELO FREIRE acerca da legitimidade e oportunidade de, no “Novo código de direito público”, se inserir um artigo sobre a função e prerrogativas constitucionais das cortes), justificação jurídico-política da revolução de 1820 (v.g., a tentativa de ligar a convocação das Cortes Gerais e Constituintes ao direito fundamental da antiga monarquia, feita por JOSÉ LIBERATO FREIRE DE CARVALHO no *Ensaio historico-político sobre a constituição e governo do reino de Portugal*, Paris, 1830), crítica conservadora do parlamentarismo (v.g., a tentativa de reabilitação das cortes tradicionais por ANTÓNIO SARDINHA, no prefácio à obra do Visconde de Santarém).

Assim, não é de estranhar que nesta historiografia se encontrem várias correntes quanto ao papel das cortes na estrutura

de que este último surge quando os corpos infra-nacionais (nomeadamente, as cidades) adquirem o poder de negociar com o rei a necessidade e a medida do seu dever de “auxilium”. Sendo assim, cada uma das anteriores posições tem algo de correcto, embora a formulação mais adequada pareça ser a de M. PAULO MERÊA. Sobre o assunto, em geral, O. BRUNNER, *Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft*, em “Aus Verfassungs- und Landsgeschichte. Festschr. zum Theodor Meyer”, Lindau-Konstanz 1954, 298.

⁽⁷⁵⁰⁾ Cf. T. SOUSA SOARES, *Prof. Doutor Manuel Paulo Merêa. Historiador das instituições medievais*, “Rev. port. hist.”, XII, 44 e n. 146.

⁽⁷⁵¹⁾ Em Espanha passa-se o mesmo: cf. J. M. PÉREZ-PRENDES, *Cortes de Castilla*, cit., *Introducción*.

do antigo regime⁽⁷⁵²⁾. Uma primeira corrente é constituída por aqueles autores que, na linha do autor de *Dedução chronologica e analytica*⁽⁷⁵³⁾, se empenham em mostrar o carácter absoluto do poder real e o papel meramente consultivo das cortes⁽⁷⁵⁴⁾. Uma segunda corrente, na qual enfileiram os teóricos do vintismo⁽⁷⁵⁵⁾, procura aproximar as cortes dos modernos parlamentos, de modo a poder apresentar a revolução de 1820 e a convocação das novas cortes com um retorno às antigas instituições constitucionais e representativas da monarquia tradicional (“regeneração”) e de, assim, poder encobrir o carácter radicalmente novo e revolucionário do regime constitucional. Uma terceira corrente, finalmente, é a do pensamento monárquico conservador e contra-revolucionário, que procura fazer uma leitura da história das cortes que enalteça as liberdades do antigo regime e que demonstre tanto o carácter “limitado” da monarquia tradicional (por oposição ao carácter “despótico” da monarquia absoluta do iluminismo) como o papel

⁽⁷⁵²⁾ Cf. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *O poder político...*, cit., cap. X, n.º 4 e JORGE FARO, *A natureza da função das cortes considerada doutrinariamente*, em “Ocidente”, 1948, pp. 151 ss.

⁽⁷⁵³⁾ *Dedução chronologica e analytica... na qual se manifestão... os horrorosos estragos que a Companhia denominada de Jesus fez em Portugal*, Lisboa 1767-8. Esta obra é, na expressão utilizada por J. BORGES DE MACEDO, a “bíblia do pombalismo político”. Sobre ela, em síntese, J. BORGES DE MACEDO, *Dedução cronológica e analítica*, em “Dic. hist. de Port.”, cit. Passagem sobre as cortes, Parte I, Div. XII, n.º 669.

⁽⁷⁵⁴⁾ Ainda nesta corrente, PASCOAL J. DE MELO FREIRE, *Institutiones iuris civilis lusitani*, cit., I, I, § 4; e *Historia iuris civilis lusitani*, cit., § 44; também na crítica ao plano do “Novo código de direito público” de ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, Melo Freire se obstina em demonstrar o carácter “puro e absoluto” do poder real em Portugal, contra as opiniões do autor do projecto que propõe uma reactivação das cortes e o reconhecimento formal das suas prerrogativas constitucionais. No mesmo sentido de Melo Freire, F. COELHO SAMPAIO, *Prelecções de direito pátrio*, Lisboa, Parte 2.ª, tit. 3; cap. 2., e ANTÓNIO CAETANO DO AMARAL, *Memoria V para a história da legislação e costumes de Portugal*, ed. Porto 1945, 35 ss.

⁽⁷⁵⁵⁾ Dos quais se destaca, neste particular, JOSÉ LIBERATO FREIRE DE CARVALHO, *Ensaio histórico-político sobre a constituição e o governo de Portugal*, Paris 1830; a posição de COELHO DA ROCHA (*Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal...*, cit., 53 ss.) não deixa, também, de ser influenciada pela perspectiva política “representativa” e da “soberania nacional”. Mais tarde, é também esta a perspectiva de JOSÉ DE ARRIAGA, um dos representantes da historiografia republicana (cf. *História da revolução portuguesa de 1820*, I, Porto 1886, I.I, c.III, p. 111). Sobre as ideias constitucionais destas correntes e o modo como utilizavam, para defesa dos seus pontos de vista, os “exemplos históricos” (a “tradição”) v. o meu artigo, *O projecto institucional do tradicionalismo reformista...*, cit.

de árbitro entre os vários interesses sociais aí desempenhado pela “instituição real”⁽⁷⁵⁶⁾.

De intenção puramente científica pode dizer-se a investigação histórica sobre este tema feita por GAMA BARROS⁽⁷⁵⁷⁾ e PAULO MERÊA⁽⁷⁵⁸⁾ (⁷⁵⁹).

10.1. O fundamento jurídico das cortes.

Mais do que na ideia de representação (do reino, das ordens) ou de soberania nacional, a teoria medieval das cortes baseia-se na ideia de que os súbditos têm, em relação ao soberano, um *dever de conselho*, a que corresponde, por parte deste, o direito de os convocar quando disso tiver necessidade para resolver assuntos do reino.

Este parece ser o fundamento jurídico com o qual os reis peninsulares convocam, inicialmente a cúria e, depois, as cortes⁽⁷⁶⁰⁾; este também o princípio que melhor explica^(760a) — como

(⁷⁵⁶) Cf., por todos, ANTÓNIO SARDINHA, *A teoria das cortes gerais*, prefácio a VISCONDE DE SANTIARÉM, *Memorias para a historia e theoria das cortes geraes que em Portugal se celebrarão pelos três estados do reino*, 2.^a ed., Lisboa 1924. Mais ou menos expressamente é esta a intenção de fundo da obra que, sobre as cortes do antigo regime, produziram Alfredo Pimenta, Torquato de Sousa Soares e Marcello Caetano, embora em alguns destes a intenção ideológica tenha deixado espaço suficiente para uma investigação merecedora.

(⁷⁵⁷) H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., III, 125-95.

(⁷⁵⁸) M. PAULO MERÊA, *O poder real e as cortes*, cit.

(⁷⁵⁹) Sobre idêntica contaminação na historiografia parlamentar europeia, E. LOUSSE, *La société d'ancien régime. Organisation et représentation corporatives*, Louvain-Brouges 1943 (criticando o “parlamentarismo” da historiografia anterior das assembleias de Estados); em contrapartida, contra o “corporativismo” de E. Lousse, H. CAM, *The International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions*, em “Recueil des travaux” III/45, Löwen 1952.

(⁷⁶⁰) Esta é a tese ultimamente defendida por J. M. PÉREZ-PRENDES (em *Cortes de Castilha*, cit.,) para as cortes castelhanas; opõe-a o autor à tese dos que pretendem ver nas cortes uma manifestação do direito dos povos a controlar o poder do rei. No geral, parece uma tese justa e adequada, também, à teoria das cortes tradicionais portuguesas. Parece-me, no entanto, que as formulações não poderão ser tão marcadas como as de PÉREZ-PRENDES, sobretudo em virtude da teoria medieval dos *officia* e da influência da máxima “*quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*”; sobre isto nos alargaremos no texto.

(^{760a}) Em geral sobre o significado sociológico das cortes (ou outras assembleias de estados), v. P. ANDERSON, *L'État absolutiste. L'Europe de*

veremos — o regime de funcionamento e a competência das nossas cortes tradicionais.

Já na alta idade média, com as expressões “curiam congregare” ou “fazer cortes”, era utilizada a expressão “*consilium habere*”. Também nas cortes de 1385, por exemplo, o fundamento da convocação das cortes parece surgir mais ligado ao dever de conselho do que ao direito dos três estados de partilhar a soberania do rei — “*perteençe acada huu rey que sogeitos ha de manter a direito e justiça e Requerellos a meudo...*”⁽⁷⁶¹⁾. Por sua vez, na doutrina dos juristas seiscentistas (que se inspiravam em fontes anteriores), a faculdade real de “tomar conselho” é apresentada como um direito-dever, que engloba tanto a faculdade de convocar cortes, como a de ouvir o conselho real (entre nós, o Conselho de Estado e outros tribunais superiores); isto é, o direito-dever do rei de se aconselhar ao decidir de assuntos do Estado podia ser exercido por muitas formas, algumas das quais completamente estranhas à ideia de existência de um direito dos súbditos em intervir no governo do reino⁽⁷⁶²⁾.

Claro que não era tão nítido como porventura resulta das frases anteriores que a convocação das cortes representasse apenas a emanção de um puro direito do rei.

l'ouest, trad. franc., Paris 1978, 47 ss.; tipologia das “assembleias de estados” no clássico artigo de O. HINTZE, *Typologie der ständischen Verfassungen des Abendlandes*, em “Gesammelte Abhandlungen”, I, 110-129; sobre a moderna historiografia dos “parlamentos”, H. CAM, A. MORONGIU e G. STOKL, *Recent works and present views on the origins and development of representative assemblies*, em “Relazioni del X Congr. int. de Sc. Storiche”, vol. 10.1, 3-28.

(⁷⁶¹) Citado por FORTUNATO DE ALMEIDA, *História de Portugal*, cit., III, 63.

(⁷⁶²) No século XVII é opinião comum que o rei deve tomar conselho antes de decidir dos assuntos do reino, nomeadamente, antes de legislar; no entanto, defende-se que não necessita, para isso, de convocar cortes (“*sine consilio leges condere non potest Princeps, et si possit sine comitiis*”, BOBADILLA, *Politica...*, lib. 3, c. 8, n. 151, cit. por M. A. PEGAS, *Commentaria...*, I, ad. proem., gl. 101, n. 1); isto, se demonstra que, no plano dogmático, a convocação das cortes era apenas uma manifestação, não essencial, do direito-dever de tomar conselho, mostra também que, no plano político-constitucional, o papel dos conselhos palatinos (entre nós, Conselho de Estado, Desembargo do Paço, Mesa da Consciência, etc.) substituiu agora o anterior papel das cortes.

Ligar a convocação das cortes com o dever dos povos de dar conselho ao rei e com o direito deste de o tomar e de os convocar para esse efeito pode sugerir que, no plano jurídico-dogmático, se reconhecia ao rei plena disponibilidade neste domínio. Isto não acontecia, porém. Em primeiro lugar, o “tomar conselho” era configurado, não como um direito “puro”, mas como um direito a que o príncipe não se podia furtar sem violação dos seus deveres morais. Tratava-se, por outras palavras de um direito funcional em relação ao exercício do múnus real, de um direito a cujo exercício o rei estava vinculado (não *vi coactiva*, mas *vi directiva*, não juridicamente, mas moralmente).

Por outro lado, obteve alguma ressonância doutrinal o princípio, de origem justinianeia, de que o que diz respeito a todos deve ser por todos decidido (“*quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet*”, C.5,59,5,3); embora, como explica PÉREZ-PRENDES, o influxo doutrinal deste princípio tenha sido, na Península, muito reduzido⁽⁷⁶³⁾.

Seja como for, e apesar destas limitações e da concorrência de princípios jurídico-dogmáticos conflituais, a fundamentação teórica das cortes no dever de conselho é, como veremos de seguida, porventura adequada para explicar as particularidades do seu regime entre nós.

Ela explica, desde logo, que a convocatória das cortes pertença em exclusivo ao rei; e que, sem essa convocatória, elas

⁽⁷⁶³⁾ Cf. J. M. PÉREZ-PRENDES, *Cortes de Castilla*, cit., 48. D. WIDUCKEL, *Princeps legibus solutus...*, cit., 156 (as origens doutrinárias das ideias representativas: a ideia de “lex regia”, o princípio “quod omnes tangit” e as teses consiliaristas de Marsílio de Pádua e Nicolau de Cusa). É, sobretudo, de destacar a ideia de que o âmbito da expressão “todos”, no brocardo citado, é interpretada pelos autores em sentido restrictivo, abrangendo apenas aqueles que estivessem interessados na questão em debate, *não tanto como cidadãos, mas como detentores de um interesse especial e juridicamente tutelado que a essa questão dissesse respeito*. Acresce ainda que a este brocardo se opõem, no discurso jurídico-político da época, outros de sentido oposto (v.g., *respublica melius regitur per unum, quam per plures*). Sobre o princípio “q.o.t.” v., também, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *O poder político...*, cap. X, n.º 7; sobre o seu afloramento nas cortes de 1385 (“porque é direito que às coisas que a todos pertencem e de que todos tenham carrego sejam a elo chamados...”), M. CAETANO, *Subsídios para a história das cortes medievais portuguesas*, em “Rev. Fac. Dir. Lisboa”, 15(1961-2) 28.

se não possam reunir⁽⁷⁶⁴⁾; explica, por outro lado que, entre nós, os reis tenham conservado plena liberdade de decidir da oportunidade da sua convocação, não estando obrigados a manter qualquer periodicidade na sua reunião⁽⁷⁶⁵⁾.

O mesmo se diga do regime referente à sua composição: o ser chamado a cortes não era, pelo menos inicialmente, um direito, mas antes uma concessão régia; era o rei que livremente decidia quem havia de convocar, embora, com o tempo, certas pessoas ou entidades tenham adquirido o direito (ou pelo decurso do tempo, ou por concessão do rei com carácter permanente) a estar em cortes⁽⁷⁶⁶⁾.

Quanto à ordem de trabalhos da reunião, era também o rei que a escolhia, indicando os temas a tratar em cada sessão na carta de convocatória. A única limitação a este princípio era, como veremos mais tarde, a da existência de matérias da competência exclusiva das cortes, como o lançamento de novos tributos; mas já em relação à feitura das leis, a doutrina comum era a de que o rei as podia fazer e revogar por si só.

Outra consequência do princípio que informava toda a teoria das cortes do antigo regime era o facto de o rei manter, no plano jurídico, a liberdade de decisão, qualquer que fosse o parecer das cortes⁽⁷⁶⁷⁾; embora, no plano político, por vezes lhe fosse difícil, ou até impossível contrariar os pedidos das cortes. Reflexo deste carácter — pelo menos teoricamente — *não vinculativo* ou *apenas consultivo* das cortes é o facto de não se

⁽⁷⁶⁴⁾ Cf. D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, II, c. 24, n. 6; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., I, ad. proem., gl. 108, n. 2, abonando-se em Cabedo e Luis Pegueza.

⁽⁷⁶⁵⁾ Por várias vezes as cortes propuseram uma periodicidade de reunião: todos os anos, em 1385; de três em três anos, em 1371; de dez em dez, em 1525 (aqui com um sentido antes de as espaçar do que de as tornar mais frequentes); em qualquer dos casos a resposta régia salvaguardou a liberdade de convocação, embora D. João I tenha mantido, desde 1385 a 1402, a prática de as convocar quase anualmente. Sobre a convocação das cortes de 1385, cf. M. CAETANO, *As cortes de 1385*, cit.

⁽⁷⁶⁶⁾ Cf. FORTUNATO DE ALMEIDA, *História...*, cit., 67. Assim, por exemplo, nem todas as terras tinham o direito de estar em cortes, mas apenas aquelas que, como se diz nas cortes de 1460, “segundo costume antigo soem de vir”. Sobre as terras com assento em cortes v., *infra* 377 ss.

⁽⁷⁶⁷⁾ Cf. exemplos em M. PAULO MERÊA, *O poder real e as cortes*, cit., 14/15 e H. DA GAMA BARROS, *História...*, 129 ss.

poder falar de leis feitas pelas cortes, mas apenas de leis feitas (pelo rei) em cortes; daí que estas últimas — as leis feitas pelo rei a pedido das cortes — tenham, no fundo, a mesma natureza das restantes leis régias e, por isso, possam por estas ser livremente revogadas⁽⁷⁶⁸⁾.

A historiografia mais recente sobre as assembleias de estados faz eco duma distinção, estabelecida por O. BRUNNER (em *Land und Herrschaft*..., cit.) entre o carácter “representativo” das

(⁷⁶⁸) Se se entendesse que as leis “de cortes” eram feitas pelas cortes, os princípios do direito comum exigiriam que só as cortes as pudessem revogar (cf. M. A. PEGAS, *Commentaria*..., I, *ad proem.*, gl. 108). A prova de que a doutrina nunca considerou assim as leis “de cortes” (mas apenas como leis “feitas em cortes”) é o ser opinião dominante, entre nós, que o rei as podia livremente derrogar (D. A. PORTUGAL, *De donationibus*..., tom. I, lib. II, cap. 24, n.º 11-13; M. A. PEGAS, *Commentaria*..., 10, *ad Ord.* 2, 35, cap. 9 rubr., n.º 11, pág. 54). Reconheciam-se, no entanto, três tipos de limitações. Em primeiro lugar, num plano político, reconhecia-se que as leis feitas em cortes tinham uma força (política e moral) especial (“majoris autem sunt efficaciae leges conditae in comitis de consilio trium brachiorum, quam conditae per solum Principem”, D. A. PORTUGAL, *ibid.*; cf., também, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *O poder político*..., cit., X, n.º 8). Em segundo lugar, no plano do direito comum, pondera-se que certas destas leis têm o carácter contratual (*leges pactionatae*), já que os povos muitas vezes apenas acedem aos pedidos pecuniários ou tributários dos reis contra a promessa de certas medidas legislativas (D. A. PORTUGAL, *ibid.*, n.º 13; M. A. PEGAS, *ibid.*); neste caso, as leis tornam-se irrevogáveis, em virtude das doutrinas dominantes quanto à vinculabilidade contratual do rei (cf., *supra*, § 5). Em terceiro lugar, no plano do direito nacional, reconhece-se que a revogação por rescriptos (alvarás, decretos, provisões, cartas patentes) das leis feitas em cortes só podia ser feita invocando expressamente a lei revogada, regime equivalente ao exigido para a revogação das Ordenações, mas mais rigoroso do que o vigente para a revogação das leis gerais (cf. autores e locs. citados). Os povos, contudo, insistiram frequentemente em que não fossem revogadas senão em cortes as leis gerais do reino e, nomeadamente, as leis feitas em cortes: cf., os pedidos das cortes de 1451 (Santarém), 1445 (Lisboa) e 1481 (Évora), referidos por FORTUNATO DE ALMEIDA, *História*..., cit., III, 73 (“Item dizeis, que a mudança das leys trazem grande damno à terra; e porque nossos capitulos com nossas respostas devemos guardar segundo Leys, as quaes pouco valerão, se da Nossa Alteza não houverem guarda: pedindo-nos por mercê, que as mandemos bem guardar, e nom fazer em ellas mudança; salvo em Cortes: e assi saberão os Homens as regras porque hão de viver a serviço de Deus, a nosso, e os artigos que dantes são feitos, que os mandemos cumprir. Respondemos, que Nossa tenção he de cumpridamente mandarmos guardar Nossas Ordenações, e Leyx; e ácerca da mudança dellas sem Cortes, Nosso proposito he de as não mudar, senão quando o caso requerer”, Cortes de 1451).

cortes — posição tradicional — e o carácter “participativo”. Esta distinção tem o seguinte sentido. Para a tese “representativa”, as cortes seriam o modo de os povos estarem representados num órgão supremo, detentor único do poder político (soberania). Para a tese “participativa”, a anterior visão seria incorrecta, pois partiria do modelo político moderno, que concebe o poder político como residindo essencial (i.e., por essência) e exclusivamente no Estado, sendo exercido pelos seus órgãos de cúpula; pelo contrário, nas sociedades de antigo regime o poder estaria (como vimos) repartido pelos corpos, sendo a sua titularidade nestes garantida pela concessão de direitos e franquias invioláveis pelo soberano (v., *supra*, 205 ss.). Assim, quando se tratasse de tomar certas decisões que bulissem com a esfera de autonomia política ou com os direitos dos súbditos (i.e., decisões que “lhes tocassem”), era necessário o concerto de todos (“quod omnes tangit...” — “aquilo que toca a todos deve ser aprovado por todos”). As cortes seriam, portanto, não assembleias representativas, mas assembleias através das quais se compatibilizava, através do acordo, o exercício conjunto das atribuições políticas autónomas dos vários corpos e da coroa. V., sobre isto H. MITTEIS, *Der Staat des hohen Mittelalter*, Berlin 1940, 437 ss.

Todas estas reflexões acerca do fundamento teórico da reunião das cortes e dos reflexos que isto tinha no seu regime concreto, sugerem que estas assembleias tinham mais o carácter de instituições políticas, do que de instituições jurídicas. Isto, explicaria, desde logo, que as cortes — apesar da sua importância e da frequência com que se reuniram em certas épocas — nunca tenham tido uma regulamentação jurídico-constitucional, em que estivessem fixados os seus direitos e prerrogativas, a sua constituição, as regras fundamentais do seu funcionamento. Nem nas Ordenações, nem fora delas, se encontra estabelecido qualquer estatuto deste tipo para as cortes durante todo o antigo regime⁽⁷⁶⁹⁾. Explica, por outro lado, que a

(⁷⁶⁹) Isso mesmo notou, nos fins do séc. XVIII, António Ribeiro dos Santos que, por isso, incluía a regulamentação das cortes no seu projecto do Novo Código de Direito Público. Mais do que uma “lembrança” daquilo que outros tinham “esquecido”, esta posição deste precursor do liberalismo político representa o afloramento duma nova concepção acerca das cortes, radicada não já no “dever de conselho” mas na ideia de “soberania nacional”.

Durante a vigência do antigo regime, a altura em que mais se avançou na “jurisdificação” das cortes, foi, proventura, durante a crise de 1437-8 (morte de D. Duarte e questão da regência de D. Pedro). No aspecto cerimonial, pelo contrário, as cortes tiveram praxes bem estabelecidas a partir do século XVI.

sua influência se situe, não tanto ao nível do “jurídico”, mas sobretudo ao nível do “político”.

A este último nível, de facto, a sua importância — embora tenha variado conforme as épocas, atingindo os valores mais elevados entre o último quartel do séc. XIV e os meados do séc. XV — chegou a ser muito grande. Embora só após a publicação global da documentação das cortes⁽⁷⁷⁰⁾ se possa fazer uma ideia exacta das relações entre elas e a corôa, pode dizer-se com segurança que, frequentemente, os reis tiveram que ceder aos seus pedidos, sobretudo quando, em apuros financeiros, necessitavam de recorrer a novos impostos ou a “pedidos” aos povos. Nestas ocasiões, os representantes dos povos tentavam tirar partido da situação, procurando fiscalizar as despesas reais, ou exigindo mesmo do rei contrapartidas políticas, como a edição de certas medidas legislativas, a concessão de certos privilégios ou o reconhecimento de prerrogativas políticas mais dilatadas para as cortes. Diga-se, entretanto, que, passada a fase de aperto, frequentemente os reis davam o dito por não dito ou se esqueciam das promessas feitas aos três braços⁽⁷⁷¹⁾.

Uma das únicas limitações a este carácter “político” das cortes era o reconhecimento jurídico-constitucional da competência exclusiva das cortes no que respeita à imposição de tributos, pois, desde cedo que a doutrina dos próprios juristas em geral reconhecia que não podiam ser lançados novos impostos sem assentimento das cortes⁽⁷⁷²⁾.

⁽⁷⁷⁰⁾ Apenas uma pequena parte da documentação das cortes do antigo regime se encontra publicada. Inédita, existe riquíssima documentação nas Bibliotecas da Academia das Ciências (coleção “Trigoso”), da Universidade de Coimbra (coleção “João Pedro Ribeiro”), de S. Berto (coleção “João Pedro Ribeiro”) e no Arq. Nac. da Torre do Tombo (“coleção de cortes”). Sobre a problemática da sua publicação v. JORGE FARO, *As cortes portuguesas e a problemática da sua publicação*, em “Brotéria 47(1948) 434-40; catálogo da documentação inédita existente, *Cortes do reino de Portugal*. Catálogo organizado por JOAQUIM LEITÃO, Lisboa 1940, 755 pp.; listas das cortes efectuadas, JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Memória sobre as fontes do código filipino*, em *Memórias de literatura...*, cit., II 46-170, várias vezes corrigido; por último, em TORQUATO DE S. SOARES, *As cortes portuguesas*, em “Rev. pot. hist.” 2(1943) 555-73.

⁽⁷⁷¹⁾ Não é esta a ocasião de compendiar muitas informações dispersas sobre este ponto. V., por todos, H. DA GAMA BARROS, *História...*, III, 126 ss.

⁽⁷⁷²⁾ A historiografia das cortes tem-se orientado no sentido de reconhecer que, em Portugal, os impostos só podiam ser lançados em cortes; cf.

10.2. Convocação, composição e funcionamento.

Apenas umas breves notas acerca da convocação, composição e funcionamento das antigas cortes⁽⁷⁷³⁾

A convocação das cortes era, como já vimos, uma atribuição real; era feita por expedição de cartas régias dirigidas a todos os que tinham assento em cortes (câmaras de certas cidades e vilas, membros do clero e nobreza com assento em cortes), com indicação dos motivos da convocação, das matérias a ser tratadas, do dia e local de celebração da sessão de abertura.

Nas cortes tomavam parte representantes (um ou dois para cada) de certas cidades e vilas (90 em 1535)⁽⁷⁷⁴⁾ com direito a estar em cortes, adquirido por concessão régia ou por costume. Constituíam o *braço popular*. O braço eclesiástico era integrado pelos bispos, superiores das ordens religiosas, abades e priores dos principais dos mosteiros. Finalmente, o braço nobiliárquico era formado pelos nobres mais categorizados, pelos priores e

H. DA GAMA BARROS, *História...*, III, 158 ss. (onde, todavia, se apontam entorses ao princípio, sobretudo antes do séc. XV); IRIA GONÇALVES, *Pedidos e empréstimos públicos em Portugal durante a idade média*, em “Ciência e técnica fiscal”, 1964; e, por último, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *O poder político...*, cit., cap. 10, n.ºs 6 e 7 (que refere ainda em 1709, cerca de vinte anos após a celebração das últimas cortes, se reconhecerem os seus privilégios tributários). A doutrina seiscentista e setecentista discutiu o problema, mas inclina-se para o reconhecimento da competência tributária das cortes (v. informações bibliográficas em MARTIM DE ALBUQUERQUE, *ob. e loc. cit.*, nota 44); D. A. PORTUGAL (em *De donationibus...*, cit., tom. I, lib. 2, cap. 24, n.º 79 e ss.), embora considere como direito próprio do príncipe impôr tributos (n.º 79), considera que o reino pode adquirir este direito contra o rei, o que tinha acontecido em Portugal, em virtude de costume imemorial (n.º 85 e ss.); ao rei ficaria, todavia, a faculdade de os impôr em caso de necessidade (n.º 108). Para Castela, cf. J. M. PÉREZ-PRENDES, *Cortes de Castilla*, cit., 111 ss. Em geral, sobre as atribuições financeiras das “assembleias de estados” cf. as contribuições incluídas nos actos do XIIe. Congrès International des Sciences Historiques, vol. XXI (Paris-Louvain 1966).

⁽⁷⁷³⁾ Para maiores desenvolvimentos, VISCONDE DE SANTARÉM, *Memórias para a história e theoria das cortes gerais...*, cit.; H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., III, 136 ss.; M. CAETANO, *Cortes*, em “Enciclopédia Verbo” e bibl. aí citada.

⁽⁷⁷⁴⁾ Cf. lista em VISCONDE DE SANTARÉM, *Memórias e alguns documentos para a história e theoria das cortes geraes*, cit., Provas da Parte-I.ª, 88 ss. E, ultimamente, com notas sobre a evolução do elenco das terras com voto em cortes, J. VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal...*, VI, 141 ss.

mestres das ordens militares⁽⁷⁷⁵⁾. Embora a regra fosse a convocação plenária dos três braços, há exemplos de convocação de cortes restritas, limitadas a um reduzido número de participantes, e de despedimento antecipado de certos braços (v.g., o braço do clero em 1562).

A designação dos procuradores dos concelhos era feita por eleição, na qual participavam apenas as principais pessoas da terra (gente da "governança") e, nos casos em que existia, a Casa dos Vinte e Quatro; outras vezes, a eleição era feita em câmara ou, pura e simplesmente, substituída por designação régia⁽⁷⁷⁶⁾. De qualquer modo, os escolhidos pertenciam quase sempre aos principais da terra ou mesmo, em alguns casos, às classes privilegiadas, nomeadamente a pessoas que, por direito próprio, já deviam estar em cortes⁽⁷⁷⁷⁾.

O facto de se eleger para procuradores das cidades e vilas os mais poderosos ou principais das terras constituía, evidentemente, um reflexo e um reforço do poder social destas pessoas no seio da comunidade a que pertenciam. Interessa, no entanto, notar que a teoria política e a dogmática jurídica legitimavam e promoviam esta prática. Entendia-se, então, que as pessoas melhores de cada comunidade (as mais ricas, as de melhor nascimento, as mais velhas, as que costumavam andar "na governança") constituíam a parte mais sã da sociedade, distinta da população vil (oficiais mecânicos, judeo-conversos, plebeus); a esta *sanior pars* da sociedade competia, portanto, representar e dirigir os restantes⁽⁷⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁵⁾ A partir de 1641 estas últimas passam a ter assento no braço eclesiástico; talvez desde o séc. XVI (o costume já era dado como antigo no séc. XVII), a nobreza elegia trinta representantes (os "trinta da nobreza"). V. F. M. TRIGOSO DE ARAGÃO MORATO, *Memória em que se mostra qual he a forma de governo...*, Ms. 183, n.º 6 do F.G. do BNL, p. 18.

⁽⁷⁷⁶⁾ Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, III, 178 ss.

⁽⁷⁷⁷⁾ Durante todo o séc. XV, significativamente, é o braço popular que sustenta a causa dos "vassalos do rei" a propósito do atraso no pagamento das "contias", H. DA GAMA BARROS, *História...*, II, 385.

⁽⁷⁷⁸⁾ A consagração legal deste princípio, entre nós, é feita no título das Ordenações consagrado à eleição dos cargos dos concelhos (*Ord. Man.*, I, 45, *Ord. Fil.*, I, 67). A propósito da interpretação das expressões, aí utilizadas, de "homens bons" (para designar o corpo dos eleitores) e de "mais pertencentes [para os cargos dos concelhos]", os comentadores desenvolvem, com base em autoridades medievais e modernas, a doutrina acerca das qualidades dos

Nas terras pertencentes aos senhores, o seu representante natural começou por ser o senhor da terra; com a progressiva decadência do poder senhorial, estas terras vão adquirindo direito de representação autónoma⁽⁷⁷⁹⁾, facto que era, de resto, incentivado pela própria corôa.

A todos estes procuradores eram passados instrumentos de procuração, feitos em notário, encerrando os poderes que lhes eram conferidos, bem como o sentido dos votos que deviam exprimir. Deste modo, os procuradores a cortes tinham a sua liberdade de apreciação e de acção fortemente limitada, não sendo mais do que simples núncios da entidade em nome de quem agiam. A este tipo de delegação de poderes se chama *mandato imperativo*, por oposição ao mandato em que estão investidos os membros das assembleias representativas modernas (*mandato representativo*, conferindo liberdade de apreciação e de voto)⁽⁷⁸⁰⁾.

Quanto à nobreza e ao clero, a natureza da sua representação em cortes era diferente, pois estavam aí não através de procuradores eleitos, mas por intermédio de certos membros natos, cujos direitos radicavam em concessão perpétua do rei. Assim, à mutabilidade dos procuradores dos concelhos, contrapunha-se a permanência dos "braços" do clero e da nobreza.

As cortes não funcionavam em plenário (excepto na sessão de abertura), mas por "braços", correspondendo cada um deles à assembleia separada de cada um dos "estados". Dentro de cada

eleáveis e, dum modo geral, das qualidades dos que deviam ser providos nos cargos da república. Cf., sobre este assunto, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 5, *ad Ord.* I, 67, e bibliografia aí citada. Sobre o conceito de "sanior pars" na teoria da participação política do antigo regime, cf. D. RICHEL, *La France moderne: l'esprit des institutions*, Paris, 1973, 100.

⁽⁷⁷⁹⁾ Cf., como para todo o resto deste capítulo, H. DA GAMA BARROS, *História...*, III, secção V.

⁽⁷⁸⁰⁾ A oposição entre estes dois tipos de mandato voltará a ser referida pela teoria política, a propósito da oposição entre duas correntes corrente do pensamento democrático — uma, mais radical (seguindo uma linha que vai de Rousseau aos soviets e à teoria política da democracia popular), concebendo o mandato como imperativo e livremente revogável; outra, mais moderada (típica da democracia representativa), considerando-o como meramente representativo (com a consequente liberdade do representante para interpretar livremente o sentido do mandato que lhe foi concedido) e irrevogável. Sobre o assunto, cf. M. DUVERGER, *Institutions politiques*, Paris, 1973, 77 ss.

“braço”, um pequeno número de “definidores” eleitos preparava mais detalhadamente as questões, sintetizava as discussões e redigia as conclusões.

Os resultados do trabalho das cortes eram os “capítulos”, reclamações apresentadas ao rei. Se diziam respeito a todo o reino e eram apresentados em nome de todos os concelhos, chamavam-se *capítulos gerais*; se respeitavam apenas a um braço diziam-se *especiais*; se eram apresentados apenas por certos concelhos, denominavam-se *particulares*. Frequentemente acontecia serem conflituais os capítulos dos vários braços e, até, dos vários concelhos do braço popular. Na verdade, a função de cada um dos membros das cortes era, em primeira linha, defender os seus interesses (ou privilégios) particulares e não o “interesse geral”. Neste particular, o sentido da actividade dos membros das antigas cortes era muito diferente (pelo menos, no plano teórico...) do sentido da actividade dos membros das actuais assembleias representativas, em que cada um não é tido como representando particularmente o círculo eleitoral que o elegeu, mas, todos eles, como representando globalmente a nação.

10.3. O declínio das cortes.

Não foi, como já se disse, sempre o mesmo o relêvo político-constitucional das cortes. a partir dos fins do século XV, a importância e frequência das suas reuniões começa a decair nitidamente⁽⁷⁸¹⁾. Isto é explicável, a partir de vários planos.

No plano do seu fundamento e justificação teórica (o direito real de conselho), as cortes passam a sofrer a concorrência dos órgãos palatinos criados ou desenvolvidos durante os séculos XV e XVI (Casas da Suplicação e do Cível, Desembargo do Paço, Conselho de Estado, Conselho da Fazenda, Mesa da Consciência e Ordens e outros, de que falaremos mais tarde). Estes — e não

⁽⁷⁸¹⁾ Cf. lista das reuniões das cortes nas obras citadas na página 770; v., por todos, FORTUNATO DE ALMEIDA, *História...*, III, 73 ss.; por aí se vê que a 21 reuniões na segunda metade do século XV correspondem, em todo o séc. XVI, apenas 7 reuniões. Em Espanha, o declínio das cortes pode datar-se de 1538, ano em que são dissolvidos os braços privilegiados; mesmo o braço popular mostrava pouco interesse por elas desde os finais do séc. XVI. Em França, a última reunião dos Estados gerais é em 1614-1615.

as cortes — são, a partir de agora, os conselheiros naturais do rei, a ponto de, como já vimos (*supra*, 418 ss.), a dogmática jurídica ter passado a entender que a indispensabilidade (pelo menos moral) de o rei se aconselhar antes de decidir dos negócios de Estado, se referia a estes órgãos palatinos e não às cortes.

No plano da necessidade jurídica da sua convocação, já vimos que dela só se podia falar em relação ao lançamento de novos impostos, sendo certo que, ainda aqui, era reconhecido que a extrema necessidade e urgência podiam autorizar a sua imposição sem prévia audiência das cortes. Ora bem, os séculos XV e XVI são aqueles em que a corôa adquire novas fontes de financiamento, nomeadamente as decorrentes da expansão ultramarina (mas também os empréstimos públicos). Nesta conformidade, o recurso ao voto, em cortes, de novos impostos podia, largamente, dispensar-se, evitando-se, assim, a reivindicação das usuais contrapartidas políticas.

Por fim, as cortes tinham deixado de fazer sentido, como órgão de participação. Na verdade, e em relação a outras formas de participação política conhecidas no nosso antigo regime, as cortes não constituíam, agora, uma instituição que desse voz a outros estratos sociais. Os estratos representados pelos braços do clero e da nobreza já obtinham peso político por outras formas, nomeadamente, pelo seu ascendente espiritual e cultural (caso do clero), pela sua presença nos altos cargos palatinos, pelo peso político-administrativo dos seus senhorios, pelas suas funções na administração militar. Quanto ao braço popular, tinha-se vindo a processar uma restrição da sua representatividade em relação aos estratos sociais integrados no “terceiro estado”. A partir da proveniência social dos eleitores e dos requisitos exigidos aos elegíveis, a “representação” popular em cortes parece ter caído, progressivamente, nas mãos de camadas sociais (burguesia letrada, nobreza) que já dispunham de outros acessos à cena política — nomeadamente, através dos letrados e burocratas que integram os tribunais e ofícios da corte ou que exercem funções de inspecção e controle da vida local (corregedores).

Sendo assim, as cortes — que, inicialmente, tinham correspondido à necessidade de criar uma forma de participação política a estratos até aí alheios à máquina do poder⁽⁷⁸²⁾ — tor-

⁽⁷⁸²⁾ Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, 125/6.

nam-se, agora, num órgão politicamente redundante. Os seus naturais defensores (os povos) são os primeiros a queixar-se das despesas ocasionadas pelo envio de procuradores às cortes⁽⁷⁸³⁾ e, finalmente, a pedir ao rei o espaçamento das reuniões⁽⁷⁸⁴⁾.

10.4. A teoria das cortes do antigo regime.

Já antes ficaram esboçados alguns dos traços específicos da teoria das cortes do antigo regime, traços que a distinguem radicalmente das teorias representativas da época contemporânea⁽⁷⁸⁵⁾. Importa, no entanto, sublinhar brevemente alguns pontos fundamentais.

O primeiro diz respeito à teoria do poder político subjacente à instituição das cortes. Já atrás ficou dito que, quaisquer que tivessem sido as discussões teóricas, as cortes nunca foram concebidas entre nós como a sede normal, permanente e exclusiva do poder; embora, em épocas de suprema crise política (nomeadamente por extinção da dinastia), o povo reassumisse, por intermédio delas, o poder de disposição acerca da comunidade, o certo é que, fora destes casos, o poder não era tido como residindo *na nação*⁽⁷⁸⁶⁾.

O segundo reporta-se ao princípio da unidade do poder (ou *princípio monárquico*): segundo as concepções políticas

⁽⁷⁸³⁾ Cf., por todos, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *O poder político...*, cit., X, n.º 5.

⁽⁷⁸⁴⁾ Nas cortes de Torres Novas, de 1525, v. FORTUNATO DE ALMEIDA, *História...*, III, 64. A situação em Castela é idêntica. V. DOMINGUEZ ORTIZ, *Concesiones de votos en cortes a ciudades castellanas en el siglo XVII*, "An. hist. der. esp." 31(1961) 175 ss.

⁽⁷⁸⁵⁾ Aqui, como noutras instituições típicas da estrutura política pós-revolucionária — v.g., propriedade, Estado — o processo de transição do A.R. para a época contemporânea foi de *ruptura* e não de *evolução*. Assim, há uma discontinuidade absoluta entre a natureza, no A.R. e na época burguesa, de instituições com o mesmo nome; isto deve ser sublinhado para contrariar a tendência para fazer a sua história sob o signo da continuidade. Cf., sobre isto, BARTOLOMÉ CLAVERO, *Política de un problema*, em B. CLAVERO e outros, *Estudios sobre la revolución burguesa*, 20^o.

⁽⁷⁸⁶⁾ Pelo contrário, desde 1822, que as nossas Constituições afirmam o princípio de que "a soberania reside em a Nação" (*Const.* 1822, arts. 26.º e 122.º; *Const.* 1838, art. 33.º; *Const.* 1911, art. 5.º; *Const.* 1933, art. 71.º; *Const.* 1976, art. 111.º). A Carta(1826)ilude significativamente o problema.

progressivamente dominantes o fim da idade média e na época moderna o poder era uno e devia ser exercido por uma única pessoa (*monarchia*,monarquia). Isto era um reflexo da própria forma de governo do mundo — o "reino" da natureza regido por um só Deus⁽⁷⁸⁷⁾. A participação do povo no governo tinha, então, sentido, não como uma forma de partilha do poder político, mas apenas como uma forma de *coadjuvar* (aconselhando, informando) o rei no exercício do seu cargo, já que este não repousava no arbítrio, mas no bem comum e na utilidade pública. A unidade do poder exigia, ainda, que a competência do seu titular fosse ilimitada, abrangendo todos os negócios de governo e administração: daí que não se compreendesse a existência de zonas de competência exclusiva das cortes (nomeadamente, a competência legislativa). Entre nós, apenas a imposição de novos tributos exigia, como vimos, a interferência das cortes; mas, como também se disse, a doutrina considerava que, pelo direito comum, a tributação fazia parte dos *regalia*, decorrendo a competência tributária das cortes de um privilégio adquirido consuetudinariamente. Estamos, como se vê, nos antípodas das teorias da separação dos poderes, que atribuem aos órgãos "representativos" zonas de competência exclusiva, nomeadamente a competência legislativa.

O terceiro traço diz respeito à teoria da representação. Nas modernas assembleias, prevalece a ideia de que ali está representada globalmente a Nação, cujos interesses globais deverão pautar a intervenção de cada um dos deputados ali presentes. Daí que as nossas Constituições, desde 1822, tenham afirmado o princípio de que "cada deputado é procurador e representante de toda a Nação; e não o é somente da divisão que o elegeu" (*Const.* de 1822, art. 94.º; cf., ainda, art. 58.º). Não assim nas antigas cortes: cada um dos seus membros encarnava, de forma estrita, os seus interesses ou os interesses da comunidade que o elegera. Assim, se a ideia de representação do corpo nacional obtem eventualmente alguma tradução (nomeadamente, em fórmulas como "serviço do bem comum destes reinos"), o que sobreleva é o sentimento de representação e defesa de interesses particulares (dos "estados", de cada cidade, de certos

⁽⁷⁸⁷⁾ Sobre as concepções medievais acerca da "monarquia", v. O. GIERKE, *Political theories...*, cit., 30 ss.

grupos sociais particulares). O interesse nacional, se aparece, é como resultante dialéctica dos interesses particulares conflituais, competindo esta síntese, segundo a ideologia da época, à instituição real.

Finalmente, o quarto traço diz respeito à teoria do mandato, à qual já foi feita anteriormente, referência. Como contraste, importa apenas referir que as nossas Constituições modernas — ainda quando se mantinham fiéis à construção do mandato político segundo os moldes do mandato de direito privado (procuração) — realçavam o carácter genérico dos poderes conferidos aos seus representantes⁽⁷⁸⁸⁾.

11. A burocracia. Teoria do “ofício público”.

Um dos pontos importantes e característicos da teoria jurídica do Estado corporativo é o da dogmática do ofício público. Importante porque a “emergência da burocracia” é geralmente considerada como uma das notas dominantes deste período da história do sistema político⁽⁷⁴⁹⁾. Característico porque

⁽⁷⁸⁸⁾ Cf. art. 58 da *Const. de 1822*: “No auto da eleição se declarará que os cidadãos, que formam aquela assembleia, outorgam aos Deputados... amplos poderes para que... possam, como representantes da Nação, fazer tudo o que fôr conducente ao bem geral...”; em contraponto, a queixa contida numa carta de D. João III à câmara de Lisboa: “Vereadores, procurador e procuradores dos mesteres. Eu Elrey vos envio muyto saudar. Hoje, depois do auto das cortes ser acabado, quis praticar com os procuradores desta cidade e com os outros do primeiro banco, asy como he costume, alguuas das cousas daquelas pera que ordeney de fazer as ditas Cortes, e na pratica disso me disseram os ditos vossos procuradores como eles vos escreverão, que nam podiam tratar nem responder a cousa alguua sem primeiro vos escrever e comunicar, por asy vir declarado em sua procuração” (cit. por FORTUNATO DE ALMEIDA, *História...*, III, 69).

⁽⁷⁸⁹⁾ Sobre a burocracia como fenómeno típico do Estado moderno: G. POGGI, *The development of the modern state. A sociological introduction*, London 1978, 74 ss.; G. ASTUTI, *La formazione dello stato moderno*, Torino 1967, 87 ss.; H. ROSENBERG, *Bureaucracy, aristocracy and autocracy*, Cambridge-Mass. 1958; H. JACOBY, *The bureaucratization of the world*, Berkeley 1974; FISCHER e P. LUNDGREEN, *The recruitment and training of administrative and technical personnel*, em “The formation of national states in Western Europe” (ed. Ch. TILLY), Princeton N.J. 1975. V. indicações bibliográficas mais detalhadas no meu prefácio à já referida colectânea sobre o sistema político moderno em curso de publicação. Sobre o significado sociológico da burocracia v., *supra*, 333 ss.

nele se situam, porventura, os obstáculos mais resistentes à concentração e monopolização do poder pelo soberano; para quem se debruça sobre o sistema político moderno, pelo menos sobre o sistema político moderno em Portugal, a sensação dominante — mais do que a da autonomia jurídico-política das ordens ou mesmo das cidades — é a da autonomia e franquias dos oficiais e dos corpos administrativos (conselhos, tribunais) e da indisponibilidade prática da sua jurisdição por parte da coroa.

A teoria moderna do ofício público constitui uma sobreposição, por vezes conflitual, de elementos teóricos e dogmáticos anteriores. Esta sua conflitualidade interna provém, como acaba de se dizer, de raízes doutrinárias distintas; nomeadamente das já referidas divergências da doutrina medieval quando à origem e sede do poder ou jurisdição⁽⁷⁹⁰⁾. Mas ela explica-se também pela relevância política deste sector dogmático, em que abertamente se confrontavam as teses do absolutismo real — tendentes a transformar o soberano (e a classe “política” que o cercava — “cortê”, “validos”) nos únicos detentores do poder político — e as do corporativismo burocrático — tendentes a salvaguardar para os oficiais (para a “classe burocrática”) uma grande liberdade de actuação.

Na exposição seguinte, não procuraremos reduzir esta conflitualidade interna a uma unidade fictícia. Mas procuraremos, a final, fazer um balanço da “lógica” que acaba por dominar o sistema dogmático.

11.1. A teoria feudal dos cargos públicos.

Desde logo, encontram-se na teoria moderna dos ofícios ecos e sobrevivências da *teoria feudal* dos cargos públicos⁽⁷⁹¹⁾.

⁽⁷⁹⁰⁾ Cf., antes, 207 ss. Fontes clássicas para a teoria dos ofícios, C. LOYSEAU, *Traité des offices* (1610); J. BODIN, *Les six livres sur la république* (1577) I, III, c. 2; FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de officialibus reipublicae* (1682).

⁽⁷⁹¹⁾ Sobre os ofícios no período feudal, v., em geral, G. ASTUTI, *La formazione dello stato moderno...*, cit., 53 ss; ERICH WYLUDA, *Lehnrecht und Beamtentum*, Berlin 1979. Sobre a teoria canonista dos ofícios, que influenciou largamente a dos ofícios laicos, na sua primeira fase, v. PIER GIOVANNI CARON, *Persona giuridica, officio ed organo nel diritto canonico*, “Ann. Fac. giur. Camerino” XXIII(1961) 221-407 e ANNE LEFEVRE-TEILLARD, *Les officialités à*

No período feudal típico, o exercício das funções públicas estava a cargo dos senhores, vassallos do rei. O serviço público era, para estes, um dos aspectos do seu dever de *auxilium* ou de *servitium*, a que estavam obrigados pelo pacto de vassalagem. Em troca deste serviço (do qual se destacava o militar), o soberano concedia-lhes terras. Ou, dizendo o mesmo duma outra maneira — mais expressiva para certos aspectos —, o soberano concedia aos seus vassallos certas terras com a obrigação de eles aí desempenharem as tarefas de administração pública (“doação de terras com jurisdições”).

Esta concepção do ofício público tem implicações diversas. Realçamos duas.

Em primeiro lugar, a ideia de ofício anda estreitamente ligada à ideia de *fidelidade pessoal*. Antes de tudo o mais, o oficial deve distinguir-se pela sua fidelidade à pessoa do concedente (e não pela sua “competência” para a realização da função). Em contrapartida, o ofício constitui também uma prova de confiança do soberano; que, ao concedê-lo, está a “honrar” o seu vassallo. Daqui decorre, por um lado, a ideia de que o exercício de ofícios públicos nobilita; por outro lado, a ideia de que o oficial não é um *mercenarius* — i.é., alguém que desempenhe certas tarefas a troco de um pagamento (*merces*) — mas, antes, um *honoratior* — i.é., alguém de especialmente honrado pelo soberano; e, finalmente, a aproximação entre ofício e feudo (ou “título”, “privilégio”).

Em segundo lugar, a concepção feudal do cargo público leva a que se transmita aos ofícios a *concepção patrimonialista* que dominava a teoria (e a prática) das doações feudais. O cargo (*honor*), ao qual andava indissociavelmente ligada a atribuição de uma vantagem de natureza patrimonial (*pertinentia honoris*), acaba por se confundir com essa vantagem e ganha assim, a natureza de um valor patrimonial que ingressa no património, que se vende, que se deixa aos herdeiros⁽⁷⁹²⁾.

Um e outro destes dois núcleos de ideias estão presentes na concepção do ofício na época moderna.

la veille du concile de Trente, Paris 1973. Para a Espanha, por todos, L. G. VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones...*, cit., 368 ss.

⁽⁷⁹²⁾ Sobre isto, TOMAS y VALIENTE, *Origen bajo medieval de la patrimonialización de los oficios publicos en Castilla*, em “I Symposium de la historia de la administración”, Alcalá de Henares 1970.

A concepção de ofício como “honra” conduz, em primeiro lugar, à ideia — comum aos autores⁽⁷⁹³⁾ — de que o exercício de *officia publica* (nomeadamente, de certos ofícios, como o de juiz) nobilita.

Leva, em segundo lugar, a uma concepção “honorária” da administração pública (“*Honorationensverwaltung*”), concepção que se exprime em vários planos. Por um lado, no destaque que é dado — no conjunto das qualidades dos oficiais — não àquelas que se reportam ao exercício de uma função (designadamente, “competência técnica”) mas antes aos valores feudalo-aristocráticos da “fidelidade”, “nobreza”, “limpeza”, “limpeza de sangue”⁽⁷⁹⁴⁾, com o que o objectivo de eficiência da administração é subordinado a razões de prestígio e à satisfação dos valores dominantes da ideologia feudal⁽⁷⁹⁵⁾.

Mas exprime-se também, por outro lado, no parentesco que se julga existir entre ofício e feudo⁽⁷⁹⁶⁾ e, por outro, na conceituação do rendimento dos ofícios como um acessório da honra e não como uma retribuição do trabalho⁽⁷⁹⁷⁾.

⁽⁷⁹³⁾ É corrente a ideia de que o exercício de certos ofícios (v.g., o de juiz) nobilita; cf., M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9 (ad 2, 33, rubr.) gl. 1, c. 24, ns. 277/8, 285/6; NICOLAU C. LANDIM, *Nova et scientifica tractatio... I. De syndicatu*, Ulyssipone 1676.

⁽⁷⁹⁴⁾ Cf., v.g., os requisitos exigidos para se desempenhar o cargo de Regedor da Casa da Suplicação (*O.F.*, I, 1, pr.): “homem fidalgo, de limpo sangue, de sã consciencia, prudente, e de muita auctoridade, e letrado, se for possível”. Neste plano se insere o requisito de nobreza para o exercício dos ofícios (sobre o qual, *supra*, 268 ss.), a interdição do acesso a eles de mouros, judeus e cristãos novos (cf., por exemplo, o pedido dos povos nas Cortes de 1580 [LOPES PRAÇA, *Colecção de leis...*, I, 219, 237/8] e a C.R. 25.7.1640). Sobre as qualidades dos oficiais, JOÃO PINTO RIBEIRO, *Lustre ao Desembargo do Paço...*, cit., p. 25; D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, t. 1, l. 1, c. 12, n. 17 ss.; I. 2, c. 6.

⁽⁷⁹⁵⁾ Sobre isto, com indicação das consequências administrativas, sociais e políticas, J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, em E. ROTELLI e P. SCHIERA, *Lo stato moderno...*, cit., I, 230 ss.

⁽⁷⁹⁶⁾ “Valet argumentum de officio ad feudum et contra” refere D. A. PORTUGAL (*De donationibus...*, cit., I.2, c. 7, n. 57), na esteira do ensinamento comum dos tratados de *locis communibus* (v.g., de Simão Vaz Barbosa ou de Agostinho Barbosa).

⁽⁷⁹⁷⁾ Na linguagem seiscentista o rendimento dos oficiais é, por sua vez, designada por “honra”; significativa é a oposição, por vezes encontrada, entre “salário” (dos oficiais de nomeação régia, correspondentes a uma fase mais recente da administração) e “honra” (dos funcionários locais eleitos, correspondente à “administração honorária” [*Honorationensverwaltung*]); para

Por sua vez, a concepção patrimonial dos ofícios⁽⁷⁹⁸⁾ exprime-se no regime quanto à venalidade, penhorabilidade e transmissibilidade dos ofícios por morte do seu titular.

Estudos de há alguns anos vieram colocar no centro da atenção dos historiadores da época moderna a questão da venalidade e transmissibilidade *mortis causa* dos ofícios⁽⁷⁹⁹⁾. Segundo uma tese muito divulgada, a venalidade dos ofícios teria tido um papel decisivo na natureza sociológica do Estado moderno. Não só teria furtado a generalidade dos ofícios à disponibilidade do soberano (que, ao vendê-los e consolidá-los no património de um particular, teria perdido o seu controle futuro sobre eles); como, sobretudo, teria permitido a “conquista do poder” pela burguesia endinheirada. A correcção desta tese parece depender da prova de dois pontos (que terá que ser feita, naturalmente, em cada uma das diversas situações nacionais da época): (i) que à “conquista do aparelho de Estado”, através da compra dos ofícios, correspondeu uma modificação do sentido sociológico do funcionamento do

a doutrina medieval acerca das retribuições dos oficiais, estas não eram um correspectivo do trabalho, mas um atributo da honra inerente ao ofício; consequências práticas — deviam ser pagas antecipadamente, não tinham que ser repostas por impossibilidade de desempenho da tarefa, eram transmissíveis aos filhos. Cf., sobre isto, MANUEL MENDES DE CASTRO, *De annonis civilibus*, Conimbricæ 1680, not. 4, n. 3 ss.; A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus...*, v. *Salarium*, n. 5.

⁽⁷⁹⁸⁾ “Officia publica postquam sunt acquisita censetur in bonis, & veniunt sub appellatione illorum”, A. VALASCO, *Praxis partitionum et collationum*, Conimbricæ, 1730, cap. 13, n. 69. Contra, o tópico (não dominante) “officium dominium est penes principis; administratio vero in officiale” (D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, t. 2, c. 13, n. 90).

⁽⁷⁹⁹⁾ Tornou-se clássica a obra de R. MOUSNIER, *La venalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, Rouen 1945¹ (Paris 1971²), na sequência de trabalhos anteriores (nomeadamente de G. Pagès), mas abrindo uma nova problemática. V., ainda, para a Europa em geral, KOENRAAD W. SWART, *Sale of offices in the 17. century*, The Hague 1949. Para a Espanha, M. FRAGA IRIBARNE e J. BENEYTO PEREZ, *La enajenación de oficios publicos en su perspectiva historica y sociologica*, em “Centenario de la ley del Notariado”. Sección I — Estudios historicos, Madrid 1964, I, 393-472; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Las ventas de oficios de regidores y la formación de oligarquias urbanas en Castilla* (siglos XVII y XVIII), “Historia. Instituciones. Documentos” 2(1975); F. TOMÁS Y VALIENTE, *Origen bajomedieval...*, cit. Sobre a questão (nomeadamente sobre a problemática historiográfica levantada pela obra de R. Mousnier) A. MUSI, *La storiografia politico-amministrativa sull'età moderna: tendenze e metodi degli ultimi trent'anni*, em (A. MUSI, ed.) “Stato e pubblica amministrazione nell'ancien régime”, Napoli 1979, 49 ss.

Estado e (ii) que o burguês, agora oficial público, mantém o estatuto sócio-económico anterior bem como uma idêntica atitude político-ideológica⁽⁸⁰⁰⁾.

No Portugal moderno, o regime dos ofícios públicos caracteriza-se por uma forte acentuação da natureza patrimonial dos ofícios, embora também constitua um bom exemplo da distância existente na prática entre a lei e os factos.

No plano do direito estrito, a venda de ofícios era proibida entre nós (O.F. I,96 — “Dos que vendem, ou renúncia os officios sem licença del Rei...”)⁽⁸⁰¹⁾; esta proibição, dirigida aos detentores dos ofícios, era acompanhada de outra (O.F., II,46 — “Que as pessoas, que tem poder de dar officios, os não vendão nem levem dinheiro por os dar”)⁽⁸⁰²⁾, dirigida aos donatários. No entanto, no plano da prática, tal proibição não parecia muito efectiva. Por um lado, o rei não raro concedia aos oficiais e donatários o direito de vender, de renunciar noutrem ou de nomear sucessor no ofício⁽⁸⁰³⁾. Por outro lado, havia sempre a

⁽⁸⁰⁰⁾ Para a equação desta questão, no contexto geral da interpretação sociológica do Estado moderno, A. M. HESPAÑA, *O Estado absoluto. Problemas de interpretação*, Coimbra 1979, 11 ss.; para a crítica das ideias de R. Mousnier, a bibliografia aí citada (n. 23), a que se poderia acrescentar a referência de J. VICENS VIVES (em *La struttura amministrativa...*, cit., 239/240).

⁽⁸⁰¹⁾ O.M., I,74; O.A., IV,8,32; também I,20.8.1468; 9.11.1517; Cortes de Lisboa 1498, art. 35; reg. da Fazenda de 1516, c. 243; comentário, D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, t.1, l. 2, c. 13; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7 (ad. O. I, 95).

⁽⁸⁰²⁾ O.M., IV,41; comentário, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12 (O., 2,46).

⁽⁸⁰³⁾ A proibição de renúncia directamente a favor de outrem visava impedir a fraude à lei que proibia a venda; por isso, a renúncia devia ser feita “nas mãos do rei”, a quem competia, então, nomear livremente um novo proprietário. Em todo o caso, admitia-se que o renunciante pedisse ao rei o provimento do cargo renunciado em pessoa de sua nomeação; e admitia-se ainda que o nomeado “gratificasse” o renunciante (v. a expressiva decisão judicial transcrita por M. ALVARES PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 12, 175 ss.). Daí que, embora a licença para renunciar não autorizasse a venda (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7 [O.F. I,95], gl. 4, n.1), o efeito prático da jurisprudência corrente sobre este ponto conduzia aos mesmos resultados práticos. A renúncia mais comum é a renúncia nos filhos (ou nos noivos das filhas: o ofício como dote); um decreto de 6.10.1705 determina mesmo que se não concedam licenças para renúncias senão nos filhos; isto insere-se na linha política que procurava — ao arripio da ideia da patrimonialidade dos

possibilidade de arrendar os ofícios. Na verdade — e apesar de contínua legislação em contrário⁽⁸⁰⁴⁾ — era frequente que os proprietários dos ofícios os não servissem pessoalmente (até por estarem providos em mais de um e os seus exercícios simultâneos serem incompatíveis) e os “dessem” em *serventia*⁽⁸⁰⁶⁾, ficando a receber uma parte do rendimento do cargo. Vendáveis e arrendáveis, os ofícios eram também penhoráveis⁽⁸⁰⁷⁾, hipotecáveis e susceptíveis de propriedade⁽⁸⁰⁸⁾.

E eram, também, transmissíveis *mortis causa*. Em princípio, o interesse do soberano era no sentido de, por morte dos

cargos — impor o provimento dos ofícios em pessoas escolhidas livremente pelo rei. Já Tomé Pinheiro da Veiga (cit. por M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, 177, n. 1) opinava que quem tivesse o poder de dar ofícios não os podia dar senão a pessoas idóneas e não a “filhas para casamento nem para filhos, como falecer”.

⁽⁸⁰⁴⁾ O.A., IV,8; 23; O.M., I,74 O.F.I,97 e Reg. Faz c. 217 (“que os officiaes sirvam por si seus officios”). Legislação extravagante: Alv. 23,11,1612; 8.1.1627; 17.1.1635; 26.10.1644; 9.9.1647; 18.7.1631; 3.9.1682, etc.; apesar disso, o Regedor da Casa da Suplicação dizia, em 1639, que quase todos os ofícios de justiça de Lisboa eram exercidos por serventuários. Também os juristas da época observavam que o preceito da Ordenação não é observado (cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7 [ad O.,I,96] gl.1, n. 1). A coroa acaba por coonestar a situação: em 22.6.1666, na sequência de providências anteriores (nomeadamente, em 23.3.1648, manda-se fazer um registo de todas as serventias), permite-se o arrendamento dos ofícios (“serventia”), embora se estabeleça o montante máximo da renda do proprietário (um terço do rendimento do ofício, de acordo com a sua avaliação na chancelaria régia); em contrapartida, consolida-se a posição do serventuário, garantindo-o contra rescisão sem justa causa.

⁽⁸⁰⁶⁾ A concessão de serventias era reservada ao rei e exercida pelo Desembargo do Paço (O.F., 96,7) ou pelos corregedores, nas comarcas, e ouvidores das ordens militares, nas terras das ordens (O.F., I,96,3 ss.). Como excepção, o Regedor da Justiça provia as serventias dos ofícios de justiça da corte (dec.º de 13.2.1606) e o governador da Casa do Cível, os ofícios de justiça do Porto (dec.º 7.6.1613). Para além da Câmara de Lisboa que tinha o privilégio de prover a serventia dos seus ofícios, e da Universidade de Coimbra (*Estatutos*, 2,8,2; 2,23,5).

⁽⁸⁰⁷⁾ Embora dependendo de licença régia. Cf., M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 7 (O.,I,95), gl. 5, n. 2. Mais tarde, quando à concepção patrimonialista se substitui a concepção publicista, é proibida a execução dos ofícios (cf. A. 25.1.1777; L. 17.1.1776; A. 10.3.1778).

⁽⁸⁰⁸⁾ Na verdade, os ofícios podiam ser dados a duas pessoas que deles gozariam por períodos alternados. Cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7 (O., I,98) gl. 2, n. 43.

proprietários, obter de novo vagos os seus ofícios; neste sentido, o direito comum dificultava a renúncia *ante mortem* dos ofícios⁽⁸⁰⁹⁾. Entre nós, no entanto, tinha-se estabelecido um costume doutrinal no sentido de os filhos terem direito aos ofícios dos pais⁽⁸¹⁰⁾.

Esta acentuada patrimonialização do conceito de ofício parece não ter levado todavia a que se radicasse a prática de o próprio rei vender os ofícios. Embora no plano do direito comum (e pátrio) se entendesse que não havia obstáculos legais à venda dos cargos públicos pelo rei, os referidos direitos dos filhos aos ofícios dos pais — ao lado das censuras teológico-políticas dirigidas à venalidade dos ofícios — semelhança com a “simonia” (i.é, venda de ofícios e dignidades eclesiásticas) e perigo de “mercenarização” dos ofícios públicos (que seriam monopolizados pelos mais ricos e não pelos melhores)⁽⁸¹¹⁾ — parece terem

⁽⁸⁰⁹⁾ A restrição da validade de renúncia *ante mortem* é originária do direito canónico, onde tinha a função de evitar que o detentor de um benefício, à hora da morte, dispusesse dele por via de renúncia; para isto se condicionava a validade da renúncia à sobrevivência do renunciante durante trinta dias. Sobre isto, FRANCIS GARRISON, *Histoire des institutions politiques et des faits sociaux*, Paris 1966-7, ed. pol., 913 ss. Esta regra também existia no nosso direito; mas, reconhecendo-se entre nós os direitos dos filhos aos ofícios dos pais, ela não tinha aquele efeito útil; era, então, justificada como meio de proteger a vontade do moribundo (daí que a renúncia valha, no caso de morte súbita). M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 7 (O.,I,95) gl. 3, n.2 s.

⁽⁸¹⁰⁾ Cf. *supra*, 5.3. D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, I, 2, c. 14, n. 15 ss.; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 1 (O.,I,1) gl. 174, n. 17; t. 7 (O.,I,98) gl. 2, n. 55/6 (o estilo de dar os ofícios aos filhos dos proprietários não é usado pelos donatários; cf., também, T. 11 (O., 2,35) c. 197, n. 12; t. 7 (O.,I,98), gl. 1, n. 19 ss. e 24 ss. (sentenças).

Este princípio da transmissibilidade dos ofícios — subordinado embora à verificação da capacidade dos filhos para o desempenho dos cargos — é a doutrina comum, baseada numa decisão de A. VALASCO (*Decisionum...*, Conimbricæ 1730, cons. 129, n. 13); é também o sentido da legislação — A. 18.10.1614; 6.9.1616; 7.2.1622, etc.; em sentido contrário, A. 26.10.1607). Sobre este ponto na doutrina e legislação do Estado iluminista (já dominado por uma outra concepção sobre a natureza dos ofícios), MELO FREIRE, *Institutiones...*, I, 2, 20, bem como a CL 23.11.1770 (antecedida por determinações de 24.7.1713 e de 3.8.1753), onde se impugna vigorosamente e — com interessante descrição histórica da questão — a regra consuetudinária da hereditariedade dos ofícios aos filhos continuou (cf. A. 3.9.1777; A. 20.11.1795; D. 5.6.1793).

⁽⁸¹¹⁾ D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, I, 2, c. 14, n. 2 ss; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7 (O.,I,95) gl. 1, 1 ss. (citando, no entanto, a opinião dos melhores teólogos — S. Tomás, De Soto e Vasquez de Menchaca — no

impedido, no entanto, que se estabelecesse entre nós uma prática de venda dos ofícios pelo próprio soberano⁽⁸¹²⁾.

Justamente uma das razões apresentadas pelas cortes de 1641 e pela literatura autonomista para justificar o carácter tirânico do governo dos Áustria foi o abuso com que estes teriam recorrido à venda de ofícios, preferindo a fortuna ao merecimento e postergando os direitos consuetudinários dos filhos dos proprietários⁽⁸¹³⁾. Esta política dos Filipes explica-se, decerto, pela situação crítica do tesouro a partir da segunda década de seiscentos; mas, no estado actual da investigação, não é possível determinar até que ponto é que a alegada política de vanalidade dos ofícios dos reis espanhóis constitui de facto uma excepção em relação à política seguida antes e depois⁽⁸¹⁴⁾.

O sentido político geral da teoria feudal do ofício público é desfavorável ao poder real e aos grupos sociais que através dele se manifestam — nomeadamente, a alta nobreza da corte, donde se recrutavam os validos e privados. De facto, a insistência nos vínculos de fidelidade e vassalagem ao suzerano não compensava o grave inconveniente da indisponibilidade dos cargos públicos, originada pela sua integração — a título perpétuo e com

sentido da legitimidade teo-jurídica da venda dos ofícios); A. VALASCO, *Praxis partitionum*, cit., cap. 13, ns. 67 a 69; M. PHAEDO, *Decisiones*..., Lisboa 1740, II, decs. 115, 127; J. CABEDO, *Decisiones*..., (1734), v. II, p. 34 (parte II, d. 24), diz que a venda de ofícios pelo rei era, entre nós, “insólita”; mesmo em relação aos ofícios que não continham jurisdição (como os de tabelião), que em muitos outros reinos se vendiam (ibid., n.º 4). Mas sabemos que, v.g., o ofício de correio-mor foi vendido no séc. XVII por 70.000 cruzados.

⁽⁸¹²⁾ Cf. fontes citadas na nota anterior.

⁽⁸¹³⁾ “... as vendas de ofícios, ainda que fossem de justiça, praticadas já com tanta demazia, & excesso, que o Vassalo deste Reyno, que não tinha dinheyro, não tinha merecimentos. Era ley inviolável, nascida do antigo costume... que por fallecimento dos Pays, que procederão bem em seus officios, se dessem a seus filhos... os officios se tiravão aos filhos, & se vendião, & se davão a quem de todo os desmerecia; & levando-lhes dinheiro eram obrigados a jurar que nada davão por elles, nem os pretendiam por interposta pessoa... e se usava a tyrania de se proibir virem as partes com embargo à Chancellaria, por encontrarem tão errados procedimentos”, (JOÃO PINTO RIBEIRO, *Uzurpação e restauração*..., p. 19).

⁽⁸¹⁴⁾ Existe, na literatura italiana, uma mesma acusação em relação ao período do domínio espanhol (cf. G. ASTUTI, *La formazione dello stato moderno*... cit., 94). Isto talvez se justifique, dado que, por um lado, a patrimonialização dos ofícios estava, em Espanha, mais radicada; e, por outro, dados os apertos do tesouro espanhol durante o séc. XVII, muitos meios (e também este) foram usados para obter dinheiro.

faculdade de disposição por morte — no património dos seus detentores. Mesmo muitos dos altos cargos da administração central e da corte estavam hereditariamente na mão de certas famílias⁽⁸¹⁵⁾. Isto obriga o rei a transferir para oficiais de confiança pessoal (“de puridade”, “da camara”) — e, portanto, livremente substituíveis — as tarefas políticas sobre que queria ter maior domínio⁽⁸¹⁶⁾.

Em contrapartida, a estabilidade de funções originada pela patrimonialização dos cargos terá sido decisiva para o aparecimento da ideia da *continuidade da administração pública*. Relativamente libertos de pressões estranhas e treinados numa tradição familiar de serviço público, os oficiais puderam consolidar a sua própria autoridade perante o capricho do monarca, estabelecer a ideia transpessoal de serviço público e desenvolver um corpo de regras técnicas e deontológicas que racionalizavam o exercício de cada cargo. Daqui surgiram personalidades que são já o exemplo do grande “estadista” ou do frio e experimentado “burocrata” dos tempos modernos, como, por exemplo, Tomé Pinheiro da Veiga e Francisco de Lucena.

Como já antes dissemos, estas ideias da natureza “honorária” e “patrimonial” dos cargos públicos não constituem senão um dos vectores da sua teoria moderna. Destoantes e conflituais em relação a elas, surgem outros elementos doutrinários e dogmáticos, bebidos de fontes inspiradoras diversas e suportes de outros interesses prático-políticos.

⁽⁸¹⁵⁾ Apenas alguns exemplos: o cargo de Regedor da Casa da Suplicação fora dado de propriedade a Aires da Silva em 1510, permanecendo na sua família (cf. Ms. 537 BUC, fls. 196; catálogo dos regedores, COD 411 BNL); o cargo de Mordomo-mor pertencia à casa dos Condes de Trancoso desde o tempo de D. Manuel (M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 13 [0.1.5] gl. 5, n. 19-25); o ofício de correio-mor fora vendido por 70.000 cruzados (ibid., 7 [0.1.98] gl. 2, n. 69); o de caçador-mor pertencia ao Conde de Redondo, que foi indemnizado pela sua extinção (D. 1.7.1651). V. catálogos de detentores de vários cargos palatinos em Ms. 411 BUC, p. 12-33; também Cód. 10.851 BNL, fl. 252.

⁽⁸¹⁶⁾ Cargos de confiança eram, desde logo, os secretários do rei ou escrivão da puridade, o germe do futuro ministério. Sobre estes cargos e a sua evolução, cf. *infra*. Também os oficiais da casa real — mordomo-mor, reposteiro-mor, esmoler-mor, copeiro-mor, condestável, etc. — eram considerados como “de confiança”, pelo que poderiam ser livremente tirados; cf. M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 8 (O. II, 4), gl. 2, n. 6 e 7.

11.2. A teoria do cargo público como “função”.

Uma outra raiz das concepções modernas sobre os ofícios é constituída pela ideia do cargo público como uma “função” (*officium* ou *ministerium*), ou seja, como um conjunto de direitos e deveres exercitáveis no interesse público. Esta ideia tem raízes quer no direito romano, quer no direito canónico⁽⁸¹⁷⁾; mas, sobretudo, está muito de acordo com a nossa já conhecida concepção “organicista”, “antropomórfica” ou “corporativa” da sociedade e do poder político⁽⁸¹⁸⁾.

Os principais componentes desta concepção “funcional-corporativa” do ofício são:

(i) a ideia de que cada cargo público está votado à realização de uma função, para o que deve ser dotado de uma jurisdição própria e indisponível pelo soberano; jurisdição que se há-de manifestar na constituição natural-tradicional do cargo⁽⁸¹⁹⁾;

(ii) a ideia de que o funcionário está adstricto ao cumprimento de uma missão; devendo, portanto, ter as qualidades necessárias para o desempenho dessa missão;

(iii) a ideia de que o funcionário é responsável pelo desempenho da sua missão perante a sociedade (ou perante os seus órgãos políticos) e que, prevaricando, pode ser afastado do cargo;

(iv) finalmente, a ideia de que competia ao soberano, como “cabeça” do corpo social, criar e prover os ofícios, embora com respeito das suas funções “naturais” e dos seus regimentos tradicionais.

Qualquer destes componentes não se ajusta aos elementos já estudados da concepção feudal do ofício público. À ideia de “honra” opõe-se agora a ideia de “função”; à ideia de “fidelidade”, a de “competência”; à de “patrimonialidade”, a de “revocabilidade”. Se a concepção feudal do cargo apontava para uma estrutura administrativa *honorária* e *fixista*; esta aponta para uma estrutura administrativa *funcional* e *dinâmica*.

⁽⁸¹⁷⁾ O. HINTZE, *Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte*, em “Staat und Verfassung”, Göttingen 1962², 262 ss. (trad. esp. O. HINTZE, *Historia de las formas políticas*, Madrid 1968, 174 ss.).

⁽⁸¹⁸⁾ Cfr. *supra*, 205 ss.

⁽⁸¹⁹⁾ Sobre a ideia de constituição natural-tradicional, cf., *supra*, 311 ss.

Apesar destas contraposições fundamentais — a que uma descrição meramente teórica dá uma nitidez e um realce que não existem na prática — os elementos de uma e outra concepção coexistiram na teoria moderna do ofício, limitando-se mutuamente ou servindo de base a diferentes correntes de opinião ou a diferentes estratégias argumentativas⁽⁸²⁰⁾.

Fixemo-nos brevemente em algumas *ilustrações dos reflexos da concepção funcional-corporativa do ofício na nossa doutrina seiscentista e setecentista*.

Desde logo, está presente nos autores a ideia da *permanência e indisponibilidade da função da cada ofício*; não só o âmbito da jurisdição de cada ofício aparece como essencialmente definido pelo costume⁽⁸²¹⁾, como, sobretudo, o oficial — que pode ser obrigado pelo soberano a praticar actos dentro do seu domínio de competência — não pode ser compelido a ultrapassar os limites da sua jurisdição que, então, aparece como um limite não apenas para o próprio funcionário, mas também para o rei⁽⁸²²⁾. Isto — lembre-se ainda uma vez — com as limitações decorrentes do princípio — um tanto conflitual com este — da origem régia de todas as jurisdições, princípio a que já nos referimos⁽⁸²³⁾, mas a que voltaremos ainda.

⁽⁸²⁰⁾ É esta a ocasião de lembrar o carácter “tópico” ou “argumentativo” do pensamento jurídico desta época (v., *infra*, 466 ss.), perante o qual a conflitualidade dos pontos de vista ou a coexistência de argumentos contraditórios não era um sinal de imperfeição do discurso jurídico. Assim, é frequente que, na obra de um jurista, mas a propósito de questões diversas, apareçam invocados como pontos de apoio da argumentação princípios antagónicos. O contexto problemático, e não a coerência sistemática, é aqui o valor fundamental.

⁽⁸²¹⁾ D. A. PORTUGAL, *De donationibus*, I, 2, c. 13, n. 153; M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 3(O., 1,24) gl. 1, n. 54; 7(O., 1,98) gl. 2, n. 20; 14(O., 1,96) l. Note-se, em todo o caso, que em qualquer destes textos o que se diz é apenas que, *na falta ou no caso de obscuridade de “regimento” expresso*, o ofício se entende dado segundo a posse e costume.

⁽⁸²²⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 3(O., 1,21) gl. 3, n. 3 ss.; 4(O., 1,63) gl. 2, n. 3; 6(O., 1,79) gl. 41; sobre a violação da jurisdição dos corpos inferiores pelo soberano, v. *supra*, 215 ss. Em todo o caso — uma vez mais nos confrontamos com as hesitações doutrinárias da época — M. A. PEGAS defende a opinião de que o príncipe pode violar a jurisdição dos magistrados inferiores (*Commentaria...*, 5 [O., 1,66, & 18] gl. 20, n. 5).

⁽⁸²³⁾ Cf. *supra*, 215 ss.

Depois, é geralmente aceite o princípio — decorrente da ideia da funcionalidade dos cargos — de que *os erros ou a negligência dos funcionários constituem uma justa causa para os afastar dos seus cargos*, mesmo quando eles tenham sido adquiridos a título remuneratório⁽⁸²⁴⁾; mas, mais do que isso, a deficiente realização das suas tarefas, constitui o funcionário na obrigação de indemnizar os titulares de interesses ofendidos por esse facto⁽⁸²⁵⁾ e sujeita-o mesmo a sanções (das quais a mais importante, entre nós, é a da impossibilidade em que estão os funcionários que tenham cometido erros de ofício de pedir os ofícios para seus filhos)⁽⁸²⁶⁾.

É ainda princípio assente, entre nós, que *só o rei pode criar* (e, logo, extinguir) *ofícios*. Este princípio, embora de direito comum (cf. o já citado título *Quae sint regalia*, dos *Libri feudorum* — F., 2,56), sofria neste plano a concorrência da teoria que considerava como natural a faculdade dos corpos de estabelecerem os seus próprios ordenamentos jurídicos e criarem os magistrados encarregados de os aplicarem⁽⁸²⁷⁾. Entre nós, este equilíbrio entre os dois tópicos doutrinários rompia-se a favor do primeiro, em virtude das determinações expressas do direito nacional quanto a este assunto. Na verdade — e na sequência de uma longa tradição⁽⁸²⁸⁾ — as *Ordenações* não só incluem a criação de cargos públicos entre os direitos reais⁽⁸²⁹⁾, como determinam a impossibilidade de se adquirirem jurisdições por prescrição⁽⁸³⁰⁾. Daí que, embora haja ecos — como já foi

⁽⁸²⁴⁾ Cf., antes, 324 s.

⁽⁸²⁵⁾ Cf. A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus...*, v. "Officium", n. 20.

⁽⁸²⁶⁾ Para além da doutrina, já citada (por todos, D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, I. 2, c. 13, 15 ss.), CL 18.10.1614.

⁽⁸²⁷⁾ Cf., *supra*, 215 ss.

⁽⁸²⁸⁾ Cf. as determinações do título inicial das leis das Cortes de 1211 (v. *supra*, 137 ss.).

⁽⁸²⁹⁾ O.F. II, 26, pr.: I; II, 45, 13, 15 (O.A. II, 24, 25; O.M. II, 15, pr.) (a criação de ofícios e o seu provimento é direito real); O.F. 2,45,1 (O.A. II, 40; O.M. II, 26) (requisito de doação expressa como título de jurisdições). As determinações de O.F. II, 45 proibiam aos senhores das terras a criação, sem doação expressa, de ofícios de justiça (n. 3 e 15), da Fazenda (n.31), de alcaides e meirinhos (n.14) e de tabeliães (n.3).

⁽⁸³⁰⁾ Cf., *supra*, 292 ss.

referido —, da ideia de uma jurisdição natural, a tónica dominante, neste domínio, é a do monopólio real na criação de ofícios e do carácter delegado de todas as jurisdições⁽⁸³¹⁾.

Dizer que o tópico doutrinal dominante era o do monopólio real da criação e dada dos ofícios e do carácter delegado de todas as jurisdições não significa ignorar o carácter *formalista e fictício* desta posição. Na realidade, a maior parte das jurisdições particulares e um grande número dos cargos tinha uma origem que se perdia no tempo, não sendo possível encontrar qualquer acto régio de instituição. Mais fiel ao real era, nestes termos, a tese da origem "natural" dos ofícios e das jurisdições. No entanto, o desejo (e a possibilidade política) dos reis portugueses de reagirem contra a usurpação de cargos e jurisdições — expresso sobretudo na Lei Mental (cf., 292 ss.) — levou a que a doutrina, para estar de acordo com o direito, deixasse de estar de acordo com a realidade.

Finalmente, a doutrina portuguesa defende ainda maioritariamente que o provimento dos ofícios compete ao rei, embora este pudesse doar (e o fizesse frequentemente) esta prerrogativa⁽⁸³²⁾.

O provimento⁽⁸³³⁾ dos ofícios podia ser: *perpétuo* — quer vitalício, quer por "beneplacito" (na fórmula das cartas,

⁽⁸³¹⁾ Assim, mesmo quando se reconhecia que, na prática, "in Lusitania non esse totam civilem potestatem, & temporalem iurisdictionem solum penes principem, cum civitates oppida, & populi constituendi sibi iudices ordinarios jus habeant, & creandi magistratus qui jus litigantibus reddere valeant" acrescentava-se que isto só acontecia por "graça e concessão do príncipe" (M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 5(O. II, 45, 13), gl. 2, n. 23). Cf. também O.A., II, 24, & 25 (o poder de fazer juizes é um direito real, mas anda usurpado pelas cidades, só restando ao rei a sua confirmação). Sobre os fundamentos do poder régio de criar oficiais ("lei régia"), JOÃO PINTO RIBEIRO, *Lustre ao Desembargo do Paço...*, cit. (1729), p. 22 s.; os próprios oficiais municipais representariam o rei, J. P. RIBEIRO, *Relação segunda*, 1729, p. 78.

⁽⁸³²⁾ Por todos, D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, I. 2, c. 13, n. 2 ss.

⁽⁸³³⁾ No provimento, há que distinguir a *apresentação* ou *eleição* (i.é., o acto de designação da pessoa que vai ocupar o ofício) e a confirmação, provisão ou encarte (i.é., o seu provimento formal no ofício). Este último acto é que é o constitutivo. A titularidade de cada um dos poderes não coincidia necessariamente na mesma pessoa; assim, a eleição podia competir ao grémio concelhio (ou a apresentação ao senhor da terra) e a confirmação ao rei (caso das justas dos concelhos) ou ao concelho (caso dos alcaides pequenos ou meirinhos, apresentados por senhores, mas confirmados pelos concelhos, cf. O.F., II, 45, 14). Sobre a distinção, v. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, p. 286; M. FEBO, *Decisiones...*, d. 28, n. 13; F. SUAREZ, *De legibus...*, I. 8, c. 18, n. 2.

“enquanto for nossa mercê”)⁽⁸³⁴⁾ —, *temporário*⁽⁸³⁵⁾, *condicional* (“si nupserit”)⁽⁸³⁶⁾, “se assim é”⁽⁸³⁷⁾), *futuro*⁽⁸³⁸⁾.

Como facilmente se verá, a teoria funcional-corporativa do ofício público favorecia uma mobilidade das estruturas funcionais; pois, embora sublinhasse o carácter “natural” e “indisponível” da jurisdição de cada cargo, realçava também o carácter precário dos provimentos (na medida em que estavam dependentes da realização de uma função) e o papel do rei na criação e provimento dos cargos públicos.

11.3. O equilíbrio das teorias anteriores na doutrina portuguesa moderna acerca do ofício público.

Em face do que ficou dito nos números anteriores sobre os ecos das teorias “feudal” e “funcional-corporativa” na doutrina portuguesa moderna e do que antes já se dissera sobre a protecção dos direitos dos oficiais face ao rei⁽⁸³⁹⁾, pode concluir-se que, globalmente, a teoria funcional corporativa — que apontava para uma maior mobilidade e disponibilidade (pelo rei)

⁽⁸³⁴⁾ Só a dada perpétua de ofício era considerada irrevogável; todas as dadas de ofícios, feitas por donatários, eram consideradas perpétuas. D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, l. 2, c. 13, n. 12 e 110.

⁽⁸³⁵⁾ Casos típicos: os ofícios electivos das cidades (juizes, almotacés) e as “comissões”.

⁽⁸³⁶⁾ Concessão de ofício como dote (v.g., à filha de um oficial).

⁽⁸³⁷⁾ Qualquer particular dispunha de uma espécie de “acção popular” para obter a anulação das dadas irregulares de ofícios; neste caso, costumavam pedir ao rei o ofício irregularmente provido, com a condição de obter judicialmente a anulação do provimento anterior; o rei concedia então o ofício com a condição de se verificar judicialmente o vício de provimento invocado (“se assim é”). Mas as cartas de “se assim é” tinham âmbito mais vasto. Cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, 7(1.97) gl. 1, n. 1 ss.

⁽⁸³⁸⁾ É o caso dos chamados “alvarás de lembrança” em que o soberano concede um ofício para quando vagar. Discutia-se se a concessão de um ofício em vida do seu titular não seria um pacto acerca de herança de pessoa viva, logo proibido. Cf. D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, l. 2, c. 13, n. 57. De modo que se entendia que esta concessão só podia ser feita por quem estivesse acima da lei, como o Papa (para os benefícios) ou o rei (para os ofícios). V., sobre isto, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 9, p. 288 (e O.F., II, 45, 16 e 19 — “quando vagarem”). A concessão de alvarás de lembrança restringia sobremaneira a disponibilidade dos ofícios para o rei. Daí que os reis procurassem evitar a sua concessão; cf., por exemplo, a lei de 2.11.1634.

⁽⁸³⁹⁾ Cf. *supra*, c. 5.2.

do aparelho administrativo — acabou por ser fundamentalmente absorvida por uma concepção patrimonial-feudal dos ofícios:

(a) Os ofícios, uma vez dados, incorporavam-se ao património do seu “proprietário”.

(b) Este, se não os pode — em princípio — vender ou alienar sem autorização do rei, vê garantidos por um costume doutrinal os direitos dos seus filhos (em quem, de resto, é normalmente autorizado a renunciar ou para quem facilmente obtém um alvará “de lembrança”).

(c) A posição do proprietário perante o rei está também razoavelmente protegida — no plano moral, o rei não o pode despedir sem *justa causa*; no plano do direito estrito, a situação é a mesma, embora só nos casos de ofícios obtidos por via onerosa ou *ob benemerita*⁽⁸⁴⁰⁾.

(d) Em relação a tentativas reais para impor a sua vontade, o “proprietário” podia sempre invocar a autonomia ou os limites da sua jurisdição.

Restava ao rei, como margem de manobra neste domínio, a criação de novos ofícios, através dos quais pudesse actuar ou com os quais pudesse criar uma clientela. Acontece, porém que, uma vez criados e providos, tais ofícios lhe fugiam também das mãos, ganhando a autonomia dos anteriores.

As razões deste estado de impotência do rei perante os seus oficiais radica em profundas razões de ordem sócio-política. Desde logo, o rei dependia dos oficiais para a efectivação da sua própria vontade política (que tinha que ser canalizada através dos tribunais e conselhos “do inimigo”...); isso possibilitava uma eficaz acção de retardamento e de sabotagem de qualquer medida lesiva do interesse dos funcionários (havendo interessantes exemplos históricos de factos deste tipo; como, por exemplo, as peripécias da introdução entre nós do imposto das “meias anatas” em 1632-1640). Depois, o corpo dos oficiais estava estreitamente ligado ao corpo dos juristas, de quem dependia a produção do direito (doutrinal) perante o qual os actos reais se haviam de

⁽⁸⁴⁰⁾ Cf. *supra*, c. 5.2. Excepções são os “ofícios de confiança” (v.g., os ofícios da Casa Real).

legitimar. Finalmente, aos funcionários — através dos tribunais — competia ainda a interpretação e validação dos actos régios. Tudo isto somado ao espírito de corpo — adquirido desde os bancos da universidade e endurecido pela consciência de uma fundamental comunidade de interesses na defesa dos direitos adquiridos e da carreira perante os “arrivistas” nobres da corte. Este espírito de resistência — que, de qualquer modo, não terá impedido um funcionamento sociológico da camada burocrática favorável à manutenção do *status quo* social e político — agudiza-se ainda quando a “corte” é estrangeira e aos arrivistas nobres nacionais se somam os, nobres ou não, que vêm de fora. É o que acontece durante o governo dos Áustria, para cuja expulsão os oficiais terão contribuído em medida não despendi- cienda.

11.4. Os prenúncios do “comissário”

Os embaraços do rei perante a camada burocrática só desaparecem quando se consegue impor aos corpos de funcionários e aos tribunais que julgavam a legitimidade dos actos do rei um conceito diferente de cargo público. Este conceito é o do “ofício” como uma simples “comissão” limitada e revocável.

Esta figura de agente — o “comissário”, ou “delegado” — era conhecida desde há muito da dogmática jurídica, que a definia como “aquele que por comissão de outrem obtém a faculdade de conhecer de alguma causa e a quem a causa é cometida, ou pelo soberano ou pelo ordinário, na qualidade de gerente do delegante (e não como gerente de algo próprio) já que o delegado só tem o uso da jurisdição”⁽⁸⁴¹⁾. Ao contrário do oficial “ordinário” — que dispunha duma jurisdição própria, concedida pela lei ou pelo costume — o comissário limitava-se a exercer uma jurisdição alheia. Isto tinha como consequência que: (i) se tinha que limitar aos expressos e estritos termos da comissão; (ii) que a comissão lhe podia ser retirada a todo o tempo; (iii) que a comissão expirava com a morte do comi-

⁽⁸⁴¹⁾ M. MENDES DE CASTRO, *Pratica Lusitana*..., cit., L. 2, c. 3, n. 1 (ed. cons. Coimbra 1696).

tente; (iv) que não podia subdelegar ou alienar doutra forma os poderes que lhe eram conferidos⁽⁸⁴²⁾⁽⁸⁴³⁾.

Embora conhecida, a figura do comissário era considerada como excepcional e — por ser contrária à jurisdição ordinária e comum — “odiosa” (pelo que os termos da comissão deviam ser interpretados de forma restrictiva)⁽⁸⁴⁴⁾.

Assim — e também porque o avocar as causas dos magistrados ordinários constituía uma violação dos seus direitos e expectativas — o soberano devia recorrer a comissários apenas em casos excepcionais⁽⁸⁴⁵⁾.

Embora a consumação desta mudança dogmática global só ocorra com o regalismo pombalino — sobretudo com a decisiva CL de 23.11.1770 — é possível surpreender, logo desde os inícios do séc. XVII, algumas tentativas da coroa para tolher a autonomia dos oficiais.

A principal frente de combate residiu, como era de esperar, na questão dos direitos dos filhos aos ofícios dos pais. Opondo-se à doutrina dominante, os Filipes legislaram abundantemente no sentido, por um lado, de reafirmar o princípio — teoricamente aceite pela doutrina, mas dificilmente praticável — de que os direitos dos filhos estavam condicionados pela sua aptidão para o desempenho dos ofícios e, por outro, no de proibir a sucessão de alvarás de lembrança. Estas medidas legislativas estavam orientadas para o objectivo de serem tidos como vagos o maior número de ofícios que, deste modo, pudessem ser vendidos ou providos em pessoas da confiança do poder. Perante isto, os filhos dos oficiais, fiados no direito que lhes assistia e na simpatia dos tribunais pela sua posição, embargavam os novos provimentos. Contra isto reagiu a coroa com a proibição de se

⁽⁸⁴²⁾ Cf., para o conceito de “comissario” ou “delegado” e sua distinção em relação ao oficial “ordinário”, L. MOLINA, *De iustitia et iure*..., cit., tract. 5, disp. 12; BENTO PEREIRA, *Promptuarium juridicum*..., cit., v. “iurisdictione. Quoad delegationem”; BAPTISTA FRAGOSO, *De regimen republicae*, cit., Lib. 4, disp. 10, & 1, ns. 105-141; & 2, ns. 142 ss.; M. PHAEO, *Decisionum*..., dec. 80 (ed. cons. Lisbonae 1760).

⁽⁸⁴³⁾ Sobre a oposição entre “oficial” e “comissário”, O. HINTZE, *Der Commissarius*..., cit., 242 ss.

⁽⁸⁴⁴⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria*..., 7(ad. Reg. Sen. Pal.) c. 35, n. 2.

⁽⁸⁴⁵⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria*..., 2(O.1,3), gl. 106, n. 18 e 19: “fit enim injuria judici, a quo evocatur causa, de qua cognoscere coepit, sicut sit injuria, quando alii consuluntur de rebus ad ipsius munus, & curam spectantibus”.

embargarem cartas de concessão de ofícios; o que, por sua vez, motivou uma reclamação do Desembargo do Paço (invocando o direito dos súbditos ao recurso); reclamação que, no entanto, não foi atendida por determinações posteriores⁽⁸⁴⁶⁾.

O advento das guerras da Restauração tem também influência na evolução do estatuto dos oficiais. Na verdade, a guerra vai criar a necessidade de estabelecer cadeias hierárquicas mais eficazes, primeiro no domínio estritamente militar e, depois, nos domínios civis ligados às necessidades logísticas e de defesa⁽⁸⁴⁷⁾. Ao lado da administração civil, encaixada no estatuto patrimonial do ofício público, surge a nova administração militar — cuja figura principal é o governador de armas — muito mais subordinada ao poder real e com um estatuto menos garantido⁽⁸⁴⁸⁾. É esta estrutura administrativa e este novo

⁽⁸⁴⁶⁾ Cf. Alv. 26.10.1607 (proibindo os embargos nas cartas de oficiais); CR de 22.8.1631 — impondo multa (meia anata) e dever de indemnizar a quem embargasse carta de ofício; representação de 12.9.1631 do Desembargo do Paço sobre esta carta (em J. J. ANDRADE E SILVA, *Collecção chronologica de legislação portuguesa...*); novas providências reais estabelecendo penas para quem embargasse nomeações para ofícios — 12.6.1637 (idem), 6.9.1637 (confirma), 9.8.1634 (indenização ao prejudicado) e 20.9.1634 (renovação do anterior, indeferindo reclamação do Desembargo do Paço) (*ibid.*); pela CR de 19.2.1638 sabemos que os tribunais continuam a “glosar” cartas de sucessor de ofícios, em desobediência das ordens reais, que então são reafirmados (proibição de “glosas” e de recebimento de embargos).

⁽⁸⁴⁷⁾ Já antes da Restauração tinham aparecido os “comissários” encarregados do levantamento de gente para as armadas (para além dos Comissários da Bula da Santa Cruzada, encarregados de administrar a concessão de bulas e a cobrança dos seus rendimentos; regimento de 10.5.1634) — cf. C.R. de 12.9.1631. No entanto, depois de 1640, estes cargos tornam-se permanentes, substituindo os oficiais (geralmente eleitos) das reformas militares de D. João III e de D. Sebastião, e os seus cargos recebem novos regimentos que lhes ampliam a jurisdição: cf. Regimento dos capitães mores de 1642 (em M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12, p. 264); Regimento dos governadores das comarcas de 1.4.1650 (em J. A. ANDRADE E SILVA, *Col. chron.*); estes ofícios são extintos em 13.3.1654, a pedido dos povos; Regimento dos governadores de armas de 1.6.1678 (*ibid.*).

⁽⁸⁴⁸⁾ J. CABEDO (*Decisiones...*, p. 2, decs. 28,43,101) pronuncia-se contra a extensão aos governadores militares dos privilégios e garantia (nomeadamente quanto à patrimonialidade dos seus cargos) dos donatários da coroa; os cargos dos governadores são, na sua opinião, meramente temporários. Cf. tb. M.A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 12 (2.47) gl. 4, n. 1.

estatuto funcional que vai constituir o modelo — aqui como no resto da Europa⁽⁸⁴⁹⁾ — da administração do Estado polícia.

11.5 Bibliografia.

Para além da bibliografia sobre a burocracia como fenómeno típico do sistema político moderno fornecida no capítulo 9, acerca do funcionalismo e a sua história, M. PETER BLAU, *The dynamics of bureaucracy*, Chicago 1963, O. HINTZE, *Der Beamtenstand*, em O. HINTZE, “Soziologie und Geschichte. Gesammelte Abhandlungen zur Soziologie, Politik und Theorie der Geschichte”, Göttingen 1964 (na sequência de obras também clássicas de G. SCHMOLLER, *Der deutsche Beamtenstaat von 16. bis 18. Jahrhundert*, em “Umriss und Untersuchung”, Leipzig 1898, e S. ISAACSOHN, *Geschichte des preussischen Beamtentums von Anfang des 15. Jahrhundert bis auf die Gegenwart*, Berlin 1878); SALVATORE FRANCESCO ROMANO, *Breve storia della burocrazia dell'antichità all'età contemporanea*, Bologna 1965; VITOR IVO COMPARATO, *Uffici e società a Napoli (1600-1647). Aspetti dell'ideologia del magistrato dell'età moderna*, Firenze 1974; RAFFAELE DE FELICE, *Formazione ed evoluzione dello stato giuridico degli impiegati civili dello stato*, “Amministrazione civile. Riv. men...” 5/47-51(1961)177-93; FRITZ MORSTEIN MARX, *Einführung in die Bürokratie. Eine vergleichende Untersuchung über das Beamtentum*, Neuwied 1959; C. A. AGENA, *Der Amtmann in 17. und 18. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Geschichte des Richters-und Beamtentums*, Göttingen 1972; MAURICE LAMBERT, *La naissance de la burocratie*, “Rev. hist.” 84/224(1960) 1-26; *Le premier triomphe de la burocratie*, “Rev. hist.” 85/225(1961) 21-46; JUAN BENEYTO, *La gestación de la magistratura moderna*, “An. hist. der. esp.” 23(1953) 91 ss; *Serviteurs du roi. Quelques aspects de la fonction publique dans la société française au XVII^e siècle*, “XVII^e siècle” 42-43(1959).

12. A estrutura do ordenamento jurídico.

A concepção corporativa da sociedade e do poder político adequa-se também — reflectindo-a e potenciando-a — à des-

⁽⁸⁴⁹⁾ Para uma visão comparatista, O. HINTZE, *Dar Commissarius...*, cit., 242 ss.

crição da estrutura do ordenamento jurídico moderno, dominado pelos traços estruturais do *particularismo*, do *jusnaturalismo-tradicionalismo* e do *probabilismo*.

12.1. Uma ordem jurídica particularista.

Já vimos como as ideias da autonomia funcional e da capacidade auto-regulamentadora dos corpos constituíam pontos de apoio centrais da concepção corporativa da sociedade. Por outro lado, também já vimos como estes elementos ideológicos reproduziam uma real autonomia dos corpos infra-nacionais na estrutura político-social moderna. Assim — coexistindo os tópicos doutrinários as tendências sociais e políticas —, a ordem jurídica moderna apresenta-se como um *edifício composto de múltiplos ordenamentos jurídicos* particulares. Sendo ainda certo que as regras de construção deste edifício normativo não aparecem dominadas pelo princípio da redução à unidade⁽⁸⁵⁰⁾ mas antes — como veremos — pelo princípio oposto da primazia das normas particulares em relação às normas gerais.

Na verdade, o princípio construtivo fundamental do ordenamento jurídico moderno era — como já o fora no ordenamento feudal típico — o de que as normas jurídicas particulares (*ius proprium*) tinham, sucessivamente, primazia sobre as normas jurídicas gerais (*ius commune*). Isto acontecia com o direito dos reinos em relação aos direitos universais do império e da igreja (embora, neste último caso, o princípio valesse com algumas limitações); mas acontecia ainda com os direitos locais ou particulares — das cidades, das corporações, das “ordens” — em relação ao direito do reino. Em termos de que o direito comum acabava apenas por dever vigorar no caso de inexistência do direito próprio (ou seja, como direito subsidiário)⁽⁸⁵¹⁾⁽⁸⁵²⁾.

⁽⁸⁵⁰⁾ Como acontece com os ordenamentos jurídicos contemporâneos, em que o princípio dominante é o da unidade do ordenamento jurídico, entendida esta unidade, nomeadamente, como a primazia das normas gerais sobre as normas particulares.

⁽⁸⁵¹⁾ Na base de toda a reflexão doutrinária desta época sobre as relações entre direito comum e direito próprio, o texto de Gaio (D., I, 1, 9) “omnes populi,

O princípio de que o *ius proprium* se impõe ao *ius commune* é pacífico. O que já se discutia era em que medida é que os corpos particulares tinham a faculdade de criar verdadeiras normas jurídicas. A questão foi muito debatida pela doutrina jurídica medieval e liga-se estreitamente ao problema, já referido, da natureza originária ou delegada da *iurisdictio* (cf., *supra*, 215 ss.). A discussão desenvolvia-se em dois planos. Primeiro, o de saber quais os agrupamentos sociais que dispunham de *iurisdictio*. Aqui, a resposta era: “só os que constituíam *corpos*” (e não apenas “membros”)⁽⁸⁵³⁾ ou “só as comunidades *perfeitas*” (i.é, aquelas que, por radicarem no direito natural [e não apenas do direito humano], têm capacidade para se auto-governarem)⁽⁸⁵⁴⁾. Depois, o de saber se toda a *iurisdictio* incluía a *potestas leges ferendi*. Aqui, já as respostas variam: uns respondem afirmativamente, outros exigem uma *iurisdictio* qualificada (*primaria, plena*, envolvendo o poder coercitivo [*merum imperium*])⁽⁸⁵⁵⁾. Finalmente, ponderava-se sempre que as conclusões doutrinárias obtidas a este respeito podiam não

qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utantur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est: vocatur jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque costuditur: vocatur jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur”. Cf., também, D.1,3 (*maxime*, D., 1,3,16 — “ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constitutionum introductus est”). Sobre os conceitos de *ius commune* e de *ius proprium*, por todos, F. CALASSO, *Medioevo del diritto...*, cit.; sobre a natureza dos direitos particulares no ordenamento jurídico medieval (direitos de estratos ou direitos territoriais), W. LEISER, *Schichtspezifisches Privatrecht*, em “Zeits. Savigny St. G.A.”, 1976, 1 ss.). Sobre a relação entre o privilégio geral e o especial, A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus...*, II, v. “Privilegium”, n. 38.

⁽⁸⁵²⁾ Assim, é esta solução das nossas *Ordenações*: v. 215 ss. No entanto, este princípio da vigência apenas subsidiária do direito comum acabava por se chocar com o princípio de que o direito comum, como *ratio* (como *scientia*, cf., *infra* 12.2), constituía um modelo de validade universal, em função do qual deveria ser aferido mesmo o direito próprio.

⁽⁸⁵³⁾ FRANCISCO RODRIGUES, *Materia de legibus* (1594), Ms. 5 107 BNL (e 5 151) (publ. em FRANCISCO SUAREZ, *De legibus*. Ed. “Corpus hispanorum de pace”, Madrid 1971, I, 229 ss.), p. 271.

⁽⁸⁵⁴⁾ *Ibid.*, 267 ss.; FRANCISCO SUAREZ, *De legibus*, I, 6, 19 (ed. cit., 121 ss.).

⁽⁸⁵⁵⁾ BARTOLO, *In primam Dig. Vet. Partem Comm.*, I, 1, t. 1, l. 9 (“omnis iurisdictio” e “iurisdictio limitata”); F. SUAREZ, *De legibus*, cit., I, 8, 8 (“preecipua et superior potestas”); cf. ainda autores citados por FRANCISCO DIAZ, *Tractatus de legibus* (1595), Ms. 2 090 Bibl. Univ. Coimbra (publ. em F. SUAREZ, *De legibus*, ed. cit., p. 278 ss.), p. 324 ss., 328 ss.

ser confirmadas pelo direito positivo, já que este tanto podia ter conferido poderes legislativos a corpos naturalmente privados deles como podia tê-los tirado aos que naturalmente os tivessem⁽⁸⁵⁶⁾ ⁽⁸⁵⁷⁾.

No concreto, a questão era posta, entre nós, quanto às faculdades legislativas (ou melhor, estatutárias — *potestas statuta condendi*) dos concelhos e à sua natureza originária ou derivada⁽⁸⁵⁸⁾. Em face das Ordenações (*Ord. Af.*, 1,27; *Ord. Man.*, 1,46; *Ord. Fil.*, 1,66,28 — atribui aos concelhos a faculdade de fazer as posturas necessárias “ao prol, e bom regimento da terra”) era indubitável que os concelhos podiam editar normas jurídicas particulares⁽⁸⁵⁹⁾. Mas era doutrina dominante que a validade destas normas decorria duma concessão do rei (e não duma faculdade originária)⁽⁸⁶⁰⁾: daí que elas não valessem senão quando feitas na presença dos juizes — tidos como representantes do rei — e quando confirmadas pelo monarca⁽⁸⁶¹⁾. Apesar disto, as posturas não tinham que se conformar com a lei, a não ser com as

⁽⁸⁵⁶⁾ Cf. FRANCISCO RODRIGUES, *Materia de legibus*, cit., p. 272 e 273 (os poderes estatutários da Universidade).

⁽⁸⁵⁷⁾ A discussão da questão dos poderes legislativos dos corpos inferiores na segunda escolástica hispano-portuguesa (que influenciou decisivamente a doutrina dos juristas portugueses dos sécs. XVII e XVIII) pode ser seguida em três textos publicados na já citada ed. do tratado *De legibus*, de F. SUAREZ: FRANCISCO SUAREZ, *De legibus*, 1,8,6 ss.; FRANCISCO DIAZ, *Tract. de legibus*, cit., 324 ss.; FRANCISCO RODRIGUES, *Materia de legibus*, cit., 265 ss.

⁽⁸⁵⁸⁾ O interesse prático da questão dizia respeito à necessidade de confirmação régia, à possibilidade de revogação pelo rei e à legitimidade da postura *contra legem*.

⁽⁸⁵⁹⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 5 (ad. 1,66,28) c. IV, n. 2 (vale como direito civil) e c. VII; A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus*, v. “Statutum”, n. 14; FRANCISCO DIAZ, *Tractatus de legibus*, cit., 328 (remetendo para uma outra dissertação sua); BAPTISTA FRAGOSO, *De regimen republicae...*, cit., 1, 1. 7, d. 19, n. 4 ss.; M. BARBOSA, *Remissiones doctorum*, cit., ad. 3, 64. Já quanto às *aldeias*, não lhes era reconhecida a faculdade de editar posturas, conforme FRANCISCO RODRIGUES, *Materia de leg.*, cit., 271 (não são um corpo); FRANCISCO DIAS, *Tractatus de leg.*, cit., 328 (não são propriamente comunidades).

⁽⁸⁶⁰⁾ M. A. PEGAS (*Commentaria...*, cit., t. 5 [ad. 1,66,28] c. 7, n. 15) diz que a afirmação de certo autor de que as “universitates” podem estatuir livremente no que respeita à sua administração não é válida para as cidades de Espanha “quarum statuta non obligant nisi ex Principis licentia”. Esta opinião é comum (v. literatura aí cit., bem como no n.º 17). Já D. A. PORTUGAL (*De donationibus...*, t. 2, c. X, n. 13) justifica os poderes estatutários das cidades como uma aquisição por costume antigo.

⁽⁸⁶¹⁾ M. A. PEGAS, *loc. cit.*, ns. 17 e 21; mas não pelos donatários; *ibid.*, pág. 265, ns. 1 e 2.

disposições das Ordenações quanto ao seu modo de elaboração e aprovação; há, por isso, não poucos exemplos de posturas *praeter* ou *contra legem*⁽⁸⁶²⁾.

O modo, antes descrito, de conceber a relação entre a norma geral e a norma especial choca-se profundamente com as concepções jurídicas actuais. Não tanto, note-se bem, por representar uma entorse ao princípio da *generalidade da norma jurídica* (na verdade, mesmo a norma particular ou própria, vale para uma generalidade de casos, como bem notavam os autores da época), mas antes por implicar uma importante limitação ao princípio da igualdade perante a lei.

O princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei surge com o pensamento individualista (nas suas versões iluminista e revolucionária), a um tempo como exigência teórica e como reclamação política: como exigência teórica, assinalando a erupção do conceito de indivíduo “nú” (*nacktes Individuum*) como entidade intermutável e despida de todas as determinações sociais; como reclamação política, manifestando a recusa das discriminações jurídicas e políticas do Estado de ordens. Os domínios jurídicos onde este princípio se afirmou com maior vigor foram as do direito político, civil e penal. Mesmo na época áurea do individualismo, encontram-se limitações a este princípio, nos termos das quais certos grupos de cidadãos (v.g., os funcionários públicos, os militares) são colocados numa “relação especial de poder” para com o Estado. Com o advento do Estado social, o princípio da igualdade (formal) dos cidadãos perante a lei começa a ceder o passo a uma diferenciação de estatutos jurídicos ou à introdução de medidas de discriminação positiva visando a instauração duma igualdade *real* entre os cidadãos⁽⁸⁶³⁾.

O ordenamento jurídico moderno aparece, assim, como um ordenamento “particularista”, “corporativo” ou “de estados”, diferenciado de acordo com as circunscrições territoriais, com os

⁽⁸⁶²⁾ Exemplos em M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 5 (ad. tit. cit.) caps. 4, 5 e 6; as Ordenações apenas feriam de nulidade as posturas feitas contra a *forma* das Ordenações (O.F., 1, 66,29 — em todo o caso, v. M. A. PEGAS, *Commentaria*, t. 5 (ad. 1, 66,28) c. VII, n. 2 e (ad. 1, 66,29) gl. 31, n. 6 (onde se sugere que as posturas deviam obedecer aos limites *materiais* da lei).

⁽⁸⁶³⁾ Discutindo a questão do particularismo do ordenamento jurídico e as suas relações com a estrutura do Estado de ordens, W. LEISER, *Schichtespezifisches Privatrecht*, em “Zeits. d. Savigny St.”, G.A., 93(1976) 1 ss.

grupos profissionais ou sociais, com as idades ou com os sexos. Tudo isto não representa senão a outra face do fenómeno de *hierarquização social ratificada pelo direito* já antes referido (cf. *supra*, 220 ss.).

Esta diferenciação ou particularização da ordem jurídica não tem lugar apenas no plano do direito político — v.g., desigualdade das formas da representação e participação política, desigualdades no plano do acesso aos cargos públicos, etc. —, mas também no plano do direito penal — desigualdade dos tipos legais e das penas em função do estatuto do criminoso ou da vítima —, do direito civil — cf., v.g., *O.F.*, III, 14,8; III, 16; III, 58,2; III, 92; III, 100,5 —, do direito processual — cf., v.g., *O.F.*, III, 59,15; III, 33; V, 13,3. Em cada um destes planos, o direito comum do reino cedia às particularidades dos direitos regionais, dos privilégios das ordens, dos estatutos dos corpos profissionais.

Particularista era ainda o direito no sistema político corporativo mas num sentido porventura ainda mais profundo — ou seja, no plano da própria *estrutura dos comandos jurídicos* (e não apenas no da *estrutura do conjunto* desses comandos [i.é, no da estrutura da ordem jurídica]), plano em que se situaram as últimas reflexões). A este segundo aspecto do particularismo do direito moderno nos dedicaremos de seguida.

A teoria contemporânea da norma jurídica insiste muito na contraposição entre o “carácter geral” da lei e o “carácter individual” dos actos não legislativos do poder (actos de governo, actos administrativos, actos jurisdicionais). Esta distinção tem hoje interesse, sobretudo em virtude do princípio da *separação de poderes*. É porque só certos órgãos do Estado podem fazer *leis* (mas não as podem aplicar em concreto) — ao passo que outros só podem aplicar as leis antes e por outrem feitas — que interessa saber quando é que estamos perante um comando legislativo ou perante um comando não legislativo; e, sobretudo, é por isso que interessa impedir que a lei concretize e individualize (sem o que se permitiria que o legislativo invadisse o campo do executivo, como acontece nos “governos de assembleia”).

Mas a insistência no carácter geral e abstracto da lei surge também em virtude dum *novo entendimento do que é a justiça*, esse objectivo que sempre se tem entendido ser a finalidade de todo o bom governo. O valor justiça (que os clássicos entendiam

como um “dar a cada um o que é seu”, sendo certo que os “seus” de cada um podiam bem ser desiguais)⁽⁸⁶⁴⁾ anda, no pensamento contemporâneo, intimamente ligado aos da “igualdade” e da “não discriminação” (e, por via delas, à da calculabilidade do valor jurídico das acções)⁽⁸⁶⁵⁾.

A garantia da justiça decorre então, não dum cuidado do poder pela adequação dos seus actos à natureza individual e concreta de cada situação, mas numa dupla garantia: por um lado, a de que as pretensões do poder em relação às esferas jurídicas dos particulares serão *formuladas em geral* (por órgãos representativos); por outro, a garantia de que toda a actividade do poder decorrerá nos *estritos limites dessas formulações gerais*. Resumindo, a garantia da justiça reside então na *vinculação* do poder a *comandos jurídicos gerais*, ou seja, no princípio da *legalidade*.

As coisas passam-se de forma de todo diferente numa situação em que o princípio da *separação de poderes é desconhecido* e em que, por outro lado, *vigora um conceito diferente de justiça* e, conseqüentemente, uma ideia diferente acerca de como deve a justiça ser prosseguida.

Se não existe a separação de poderes, não existe tão pouco a necessidade de distinguir o acto legislativo do acto de governo, do acto executivo ou do jurisdicional, pois todos são levados a cabo pelas mesmas entidades, em vista dos mesmos fins estratégicos e dentro dos mesmos padrões de legitimidade. Concretizando: no desempenho das suas funções de procurar o bem comum, o soberano toma tanto decisões genéricas como individuais e umas e outras se legitimam ou validam em face dos mesmos critérios (orientação para o bem comum e respeito dos direitos particulares). E desta confusão e indistinção das várias categorias de actos preceptivos do poder não resulta qualquer ofensa para os princípios básicos da organização consitucional.

Por outro lado, a procura da justiça (tal como então era entendida) pelo poder não exige que este se obrigue a tratar de forma igual as situações iguais — i.é, não exige que este se auto-

⁽⁸⁶⁴⁾ V., *supra*, 207³⁷⁴.

⁽⁸⁶⁵⁾ Cf. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, II, 1956¹, 513; V. CERRONI, *Eguaglianza e libertà*, em “Marx e il diritto moderno”, Roma 1972, 194 ss.

limite através da lei geral —, mas, antes pelo contrário, que ele se comprometa a respeitar a desigualdade e especificidade “naturais-constitucionais” das situações e das pessoas — i.é, que ele se comprometa a substituir a *lei* (geral) pelo *privilégio* (particular) sempre que a generalidade da lei ofenda o carácter individualizado das situações concretas. Assim, a ordem jurídica (e a actividade jurídica do poder) deixa de ser dominada pelo princípio da *legalidade* e passa a ser orientada pelo princípio do *privilégio*.

Nestes termos, distinguir a *lei* (preceito geral) do *privilégio* (preceito individual) perde todo o sentido. O poder recorrerá à primeira apenas como a uma fórmula *mais cómoda e económica* (por dispensar a enumeração casuística) de realizar a justiça — a lei (tal como a definição no plano da descrição) é apenas uma fórmula sintetizadora que enuncia mais brevemente uma solução jurídica justa para a maior parte dos casos⁽⁸⁶⁶⁾. Mas quando isso for necessário — i.é, quando o instrumento genérico (e, portanto, simplificador) da lei for grosseiro demais para captar a especificidade duma situação —, o poder utilizará o preceito individual que estabeleça uma solução concretizada e dispense, naquele caso, a aplicação da norma geral.

Tudo isto se reflecte no conceito de lei do período a que nos estamos a reportar. Para muitos dos juristas da época moderna — como de resto para a maior parte dos juristas e

⁽⁸⁶⁶⁾ Esta ideia de lei (regra) como proposição sintetizadora da solução justa para a maior parte dos casos vem já das fontes romanas: “A regra é o que descreve de forma breve aquilo que existe. Não é a partir da regra que se escolhe a solução jurídica, mas a partir das soluções jurídicas já verificadas que se formula a regra” (PAULUS, em D., 50,17,1); “nem as leis, nem os senatosconsultos podem ser formulados de modo a compreender todos os casos que podem acontecer; basta que contenham aqueles que acontecem o mais das vezes” (JULIANUS, em D. 1,3,10); “e, por isso [continua, no texto seguinte], para aqueles casos que surgem pela primeira vez deve-se prover ou pela interpretação ou pela constituição do príncipe”. No entanto, existe também nas fontes romanas a ideia — de que decorre o conceito moderno de lei — de que a lei é a norma que representa a vontade popular (que [a] deve ser formulada por órgãos representativos e [b] impor-se a toda a actividade do Estado) — “a lei é aquilo que o povo ordena e estabelece” (GAIUS, *Inst.*, 3); “a lei é... um compromisso solene e comum da república” (PAPINIANUS, em D. 1,3,1); “a lei é uma ordem geral do povo a pedido de um magistrado” (CAPITUS, em AULO GÉLIO, *Noct. att.*, 10,20,2).

teólogos morais da Idade Média — não tem sentido distinguir a lei do *privilégio* nem incluir a generalidade entre as características essenciais da lei. Assim, a Glosa, depois de descrever a lei como “um preceito comum, ou seja, ou estabelecido em vista da utilidade comum ou feito em comum por toda a comunidade” (*Acc. Glosa in Dig. Vet.*, ad. 1,3,1, gl. *Lex est*), acrescenta que esta noção (que — note-se desde já — não exige a generalidade) não é uma definição, mas apenas uma descrição, porque “aliqua lex est quae tamen non est communis”. Também S. Tomás (*Sum. theol.*, Ia, IIae, qu. XC-XCVII) insiste quase exclusivamente na intenção ao bem comum e não na generalidade de aplicação. Esta é a atitude geral da doutrina: o carácter comum da lei — que todos reconhecem ser um requisito indispensável — tem a ver, não com o âmbito da sua aplicação, mas com o *âmbito do seu escopo*. Mas, sendo assim, a lei não se distinguirá do *privilégio*, pois também ele deve ser comum no sentido em que a lei o é (i.é, no sentido de procurar o bem comum)⁽⁸⁶⁷⁾.

A lei aparece, portanto, fundamentalmente equiparada ao *privilégio*. A estrutura dos comandos jurídicos deixa, então, de se caracterizar pela generalidade. A generalidade não desaparece do universo dos preceitos jurídicos, mas surge como uma característica meramente técnica e acidental, cuja presença não atribui ao preceito uma dignidade especial e cuja falta não o ilegítima. Pelo contrário: se a generalidade algum condão tem é o de *enfraquecer o preceito*. Na verdade, no sistema de conflitos de

⁽⁸⁶⁷⁾ “Quaeritur utrum privilegia distinguantur a legibus, quia leges pro communi utilitate, privilegia vero privato commodo statuuntur... Non est enim dubium etiam in privilegiis concedendis publicam utilitatem spectandam esse, ideo iurisperiti aliunde privilegii et legis discrimen usurpant”, L. DE MOLINA, *Quaestio nonagesima de legibus*, Ms. BNL 2 804 FG, ed. em F. SUAREZ, *De legibus*, cit., 214. Também FRANCISCO SUAREZ discute a questão, tendendo embora para uma distinção entre *lex* e *privilegium* com base no âmbito de aplicação (v. *De legibus*, 1,6,5 ss.); mas isto não implica que negue a legitimidade a comandos preceptivos de carácter individual. Lei e *privilégio* serão duas espécies de comandos, ambos legítimos, embora com regimes distintos. Esta distinção dos respectivos regimes diz respeito, não tanto à hierarquia mútua, mas antes a questões como a *causa*, a *formação da vontade preceptiva* (no *privilégio* é preciso provar o carácter não viciado da vontade) e as regras de *interpretação e aplicação* (o *privilégio* deve ser interpretado de forma estrita e, no plano da aplicação, derroga a lei).

preceitos do ordenamento jurídico corporativo, o privilégio prefere a lei, derogando-a e não sendo por ela derogado (a não ser que se lhe faça expressa menção — e, ainda assim, com as limitações antes referidas [*supra*, 323])⁽⁸⁶⁸⁾.

Esta estrutura particularista do ordenamento jurídico, cujas regras de construção acabámos de salientar, era favorável ao desenvolvimento e perpetuação dum certo equilíbrio de poder social e político.

Em primeiro lugar, ela permitia a ratificação pelo direito dos estatutos sociais privilegiados e a transformação em situações de direito das situações de facto decorrentes do poder social e da actuação como grupos de pressão sobre os órgãos de poder, nomeadamente sobre a coroa. Na verdade, o privilégio ou consistia na legitimação jurídica do abuso, da extorsão e da imposição permitidos aos magnates pela sua situação de domínio social, ou decorria das pressões e chantagens exercidas sobre a coroa por quem tinha poder para isso.

Em contrapartida, a existência do privilégio desprotegia os grupos sociais não privilegiados, cujas garantias decorreriam da observância da lei geral; daí se explicando a insistência do braço do povo, nas cortes, em que as leis sejam respeitadas e a justiça seja administrada “com igualdade”.

Se favorecia as ordens privilegiadas, esta estrutura particularista do ordenamento jurídico dificultava a consecução dos objectivos da coroa quanto à realização da unidade política, cuja manifestação central seria a instituição de uma ordem jurídica centralizada e igualitária. De facto — e este é o segundo aspecto deste tema —, o ordenamento jurídico do Estado de Ordens

(⁸⁶⁸) Isto é uma consequência lógica do carácter apenas probabilístico da solução genérica consagrada na lei, solução que pode ter que ser afastada nos casos concretos. Para as normas de conflito entre lei e privilégio (e, no plano do privilégio, entre privilégio geral e privilégio individual — preferência para o último), v., por todos, A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus...*, v. “privilegium” e M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 10, p. 53 ss. Na literatura moderna, HEINZ MOHNHAUPT, *Untersuchungen zum Verhältnis von Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert*, em “Ius commune” V(1975) 71 ss.; E. CORIESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nell diritto commune classico*, Milano 1962-4, 2 vols. VITTORE COLONNI, *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Milano 1976 e V. PIANO MORTARI, *Ius singulari e privilegium nel pensiero dei glossatori*, “Rev. it. sc. giur.” 9(1957/8)271-350.

permitia uma constante usura das leis do príncipe, contra as quais a todo o momento se invocavam privilégios; privilégios pelos quais o próprio príncipe, nos momentos de apuro, era responsável. A política régia de constituição de um bloco de apoio à coroa realizava-se, na verdade, através da concessão de privilégios; mas estes, num segundo momento, iriam constituir, tal como os antigos, um obstáculo ao desenvolvimento duma ordem jurídica do rei, dominada pela generalidade e pela indiferenciação.

Em terceiro lugar e por fim, o particularismo da ordem jurídica moderna transforma o direito numa silva de preceitos sobrepostos e concorrentes, tornando impossível o seu domínio pelos leigos. Às leis gerais — cujo número ia aumentando com os desígnios sucessivamente mais interventores do poder —, acrescentavam-se as normas locais e particulares e a tudo isto a miríade dos privilégios. Uns, concedidos por carta régia, cujo registo na Chancelaria nem sempre era feito, apesar das cominações legais⁽⁸⁶⁹⁾; outros, incorporados no corpo do direito através de sentenças judiciais de conhecimento restritíssimo, pois apenas eram colecionadas ou pelos juizes que as davam ou pelos directamente interessados⁽⁸⁷⁰⁾. Isto, se possibilitava toda a espécie de fraudes pelos próprios interessados, permitia ainda aos juristas, por cujas mãos passava o reconhecimento e legitimação dos privilégios e demais direitos dos particulares ou da coroa, a aquisição dum enorme poder social. O particularismo da ordem jurídica — juntamente com a reivindicação dum carácter científico e especializado para o direito — é, assim, um dos factores em que se alicerça o predomínio dos juristas na sociedade moderna⁽⁸⁷¹⁾.

(⁸⁶⁹) O.F., II, 30-40; mas estas normas eram frequentemente dispensadas para escusar as partes do pagamento dos direitos de chancelaria.

(⁸⁷⁰) O conhecimento das sentenças por outros juristas era facilitado pela existência de recolhas publicadas das sentenças ou decisões de um jurista, quer na sua versão originária (*arrestos*), quer estilizadas (*decisiones*, *quaestiones*); cf., sobre esta literatura, J.-M. SCHOLZ, *Literaturgeschichtliche und vergleichende Anmerkungen zur portugiesischen Rechtsprechung im Ancien Régime*, “Rev. Port. Hist.” 14(1973) 107 ss.; trad. port., *Legislação e jurisprudência em Portugal nos sécs. XVI e XVIII. Fontes e literatura*, Braga 1976.

(⁸⁷¹) Sobre isto v. *infra* 417 ss. e R. AJELLO, *Formalismo e storia del diritto moderno*, em *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli 1976, 111 ss.; e também *La rivolta contro il formalismo*, *ibid.*, 275 ss. (este

12.2. Uma ordem jurídica natural-tradicional.

“A justiça — tinham dito os juristas romanos — é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”⁽⁸⁷²⁾. Esta definição, que estará sempre presente na reflexão posterior, deixa em aberto uma questão em torno da qual se constituiu uma das grandes polémicas da filosofia do direito medieval e post-medieval — o direito é o produto da *vontade* ou o produto da *razão*?

Apesar da sua aparência estritamente escolástica, a questão tinha um transcendente alcance prático. Se o direito fosse o produto da vontade — da vontade de Deus, do rei ou do povo — (*voluntarismo*), o seu conteúdo era arbitrário, no sentido de que, acima desta vontade, não existiria qualquer ordem perante a qual se pudesse verificar a legitimidade dos comandos jurídicos. Em contrapartida, se o direito fosse o produto da razão (*racionalismo*), ele constituiria uma reprodução de um modelo preexistente — no plano das ideias ou no plano da realidade —, modelo perante o qual os comandos jurídicos se teriam que legitimar. *Voluntarismo* e *racionalismo* constituíam, assim, as etiquetas filosóficas de duas correntes que, no fim de contas, eram dominadas por preocupações de natureza política, a primeira aparecendo a justificar posições de ruptura (pela via do absolutismo ou da democracia) com a ordem social e jurídica existente, a segunda sobretudo a fundamentar atitudes conservadoras de salvaguarda do *establishment*⁽⁸⁷³⁾.

Depois dum primeiro período do pensamento jurídico medieval em que, por influência de Santo Agostinho (e de certos textos das fontes romanas — como D., I, 4, 1, “quod principi placuit leges habet vigorem”), se acentuaram mais os aspectos volitivos do direito, a partir da escolástica tomista⁽⁸⁷⁴⁾ vai-se pôr

último em A. MUSI, *Stato e pubblica amministrazione nell'ancien régime*, Napoli 1979, 529 ss. de onde serão feitas as citações no texto que se segue).

⁽⁸⁷²⁾ D., I, 1, 10 pr.

⁽⁸⁷³⁾ Sobre esta questão, fundamental, M. VILLEY, *Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1961-2, 69 ss. (“voluntarismo” de Santo Agostinho em confronto com o “racionalismo” de S. Tomás de Aquino).

⁽⁸⁷⁴⁾ S. TOMÁS define a lei como “quaedam regula et mensura actuum secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur... quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam

em relevo o seu teor racional — o direito, antes de ser uma vontade, é uma *ratio*, uma *ordo*, uma *mensura*. Daqui que, por um lado, (a) ele exista antes e independentemente da sua volição por um soberano ou uma comunidade concretos e que, portanto, ele constitua um limite de validade aos comandos jurídicos postos pelo poder (neste sentido, o direito é, como vimos; uma “constituição”); e que, por outro, (b) o seu conhecimento forme uma disciplina a ser prosseguida com auxílio de um método específico por uma categoria específica de intelectuais — os *juristas*.

A partir do séc. XIV, Marsílio de Pádua e a escolástica franciscana voltam a salientar os aspectos volitivos do direito — o direito como vontade do soberano, o direito como pacto. Também a teologia protestante — apontando para uma concepção fideísta do direito —, o absolutismo — salientando o carácter decisivo da vontade do príncipe na criação do direito — e o individualismo — radicando o direito, mediata ou imediatamente, num concurso de vontades (*lex regia*, *pacto social*) — lançam as bases do voluntarismo positivista dos nossos dias.

A “segunda escolástica” peninsular (DE SOTO, VITÓRIA, SUAREZ, MOLINA) discute aturadamente esta questão de saber se o direito (a lei) é o produto da razão ou o produto da vontade, fixando-se, frequentemente, em posições ecléticas, apesar de nela ser muito forte a herança tomista⁽⁸⁷⁵⁾.

Esta ciência do direito não é, no entanto, uma ciência especulativa e apriorística, mas antes uma ciência prática, baseada na observação da natureza da sociedade ou, melhor, de cada sociedade histórica — *natura rerum*, “natureza das coisas”⁽⁸⁷⁶⁾. A principal tarefa do jurista, na sua missão de *encontrar*

communitatem habet, promulgata” (*Sum. Theol.*, Ia, IIae, qu. XC, al. — a2); também JOÃO DE SALISBÚRIA (*Policraticus*, IV, 2) afirma que a lei não é a vontade do soberano, mas a interpretação da equidade ou da justiça.

⁽⁸⁷⁵⁾ Cf. F. SUAREZ, *De legibus*, I, 5 (“utrum lex sit actus intellectus vel voluntatis et quisnam ille sit”); também, na mesma edição, L. DE MOLINA, *Quaestio nonagesima de legibus*, ibid., 206 (descrição das posições contrastantes de S. Tomás e de Paulo de Castro, com crítica do voluntarismo deste último), G. VASQUEZ, *Materia de legibus*, ibid., 219 (*lex substantialiter est actus intellectus*), FRANCISCO DIAZ, *Tractatus de legibus*, ibid., 279 (idem).

⁽⁸⁷⁶⁾ Esta ideia voltou ao pensamento jurídico contemporâneo; cf., por todos, NICOS POULANTZAS, *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris 1965, K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, trad. port., Lisboa 1978 (índice ideográfico v. “natureza das coisas”); F. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, cit., (v. índice ideográfico).

(não, *criar*) o direito (*ars inveniendi*), é a de auscultar o ser social, nomeadamente através da recolha da tradição jurídica. O direito tradicional, os precedentes, os exemplos históricos, constituem então pontos de apoio privilegiados — embora apenas prováveis e parciais — do conhecimento da ordem jurídica natural da sociedade.

Desta concepção natural-tradicional do direito decorrem dois factos muito importantes para a compreensão da estrutura do ordenamento jurídico.

a) Racionalismo-tecnicismo.

O primeiro é o de que a revelação do direito exige uma *disciplina especializada, a cargo de uma categoria sócio-profissional dotada de uma formação técnico-científica própria*⁽⁸⁷⁷⁾. O direito não está mais na plena disposição do poder político. Embora se venha a reconhecer — a partir do séc. XVI — que o poder tem razões que a razão jurídica desconhece (que a razão jurídica se opõe a “razão de Estado”) e que a vontade política pode, em certas ocasiões, sobrepor-se à racionalidade das soluções (“stat pro ratione voluntas”), o princípio que recolhe mais sufrágios é o de que o príncipe tem, na actividade normativa, de se conformar com a razão e, portanto, *com o conselho dos juristas* ⁽⁸⁷⁸⁾.

Também na nossa doutrina seiscentista e setecentista se sublinhava a indispensabilidade dos juristas no estabelecimento do direito. O “consilium” dos juristas era equiparado ao “consilium” das assembleias feudais típicas; e, nesta altura em que as cortes entram em decadência, os juristas são colocados pela doutrina no lugar das “ordens”, em termos de se defender que a anterior obrigação de o rei consultar as cortes para certos

⁽⁸⁷⁷⁾ Sobre a autonomização da “função jurídica” e suas implicações sociológicas v., por último, as referências de BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Coimbra 1980, maxime 52 s.

⁽⁸⁷⁸⁾ Já IRNÉRIO (*Summa codicis*, I,14,3) requeria a participação dos juristas na elaboração do direito (“lex est constitutio populi cum virorum prudentium consulto promulgata”). Discussão da questão de saber se os juristas podiam estabelecer direito, com indicação dos apoios textuais e doutrinários, em FRANCISCO DIAZ, *Tract. de legibus*, cit., p. 334.

assuntos fundamentais se transformou agora numa obrigação de consultar os juristas, nomeadamente quando se tratasse de legislar⁽⁸⁷⁹⁾.

Esta obrigação não era um mero tópico literário, pois dela se extraíam consequências institucionais concretas. Assim, chegou-se a entender que a mera vontade do rei, sem o conselho dos juristas, não era suficiente para criar o direito⁽⁸⁸⁰⁾.

Se as coisas se passavam assim no plano da criação legislativa, muito mais se passavam no plano da interpretação e integração do direito. Apesar de tudo quanto antes vimos quanto às relações entre o direito próprio e o direito comum e de todos os esforços régios no sentido de impor o direito régio como principal, os juristas — como detentores do saber jurídico — sempre tiveram a tendência para antepor a sua “razão” à “vontade” do soberano (ou seja, o direito comum ao direito próprio). Se não invertendo por completo a relação entre o primeiro (em princípio apenas subsidiário) e o segundo (em teoria, principal), pelo menos arrogando-se a faculdade de interpretar o direito próprio de acordo com os princípios racionais (i.é, do direito comum)⁽⁸⁸¹⁾ ou, mesmo, reclamando o direito de o derogar no caso de ele contrariar os dogmas fundamentais da ciência jurídica (“direito natural”, “ratio”, “causa iuris”)⁽⁸⁸²⁾.

⁽⁸⁷⁹⁾ “Sine consilio leges condere non potest princeps, & si potest sine comitiis” (BOBADILLA, *Política*, I, 3, c. 8, n. 155, t. cit. por M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. I [ad. Proem.] gl. 101, n. 1 ss., onde se pode ver muito sobre a teoria do *consilium*); cf. também o mesmo, em t. 8 (ad. *Ord.*, II, 3, pr.) gl. 2, n. 1 (“antequam leges constituentur, debent tractari provide, ac mature cum proceribus regni, et cum viris litteratis, consiliari que regiis”), com indicação de apoios textuais nas Ordenações.

⁽⁸⁸⁰⁾ M. A. PEGAS (*Commentaria...*, t. 7 (ad. Reg. Sen. Pal.) c. 100, n. 22) refere que viu muitas vezes julgado que não bastava a vontade do príncipe (expressa na assinatura) para validar uma provisão régia que derogasse alguma lei. O argumento aqui avançado é o de que “subscriptio saepe non serio fit, & inconsiderate, & per ipsam formae Legis non satisfit”. A questão do carácter vinculativo, para o rei, dos pareceres dos juristas era muito discutido pela teologia moral; os canonistas defendiam que a proposta dos juristas conferia aos interessados um *ius ad rem* que o rei não poderia remover senão por *justissima causa*.

⁽⁸⁸¹⁾ Sobre as limitações do direito real em sede de interpretação, v., *supra*, 000.

⁽⁸⁸²⁾ Cf. M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 7 (ad. Reg. Sen. Pal.) c. 100, n. 51 (“contra jus naturale vel gentium, quod princeps tollere nequit”), n. 52

É com base nesta situação que os juristas se transformam num “quarto estado”⁽⁸⁸³⁾, concentrando nas suas mãos um poder que, controlando toda a actividade do político-administrativa, era ele próprio em boa medida apenas controlável pelos próprios juristas (através dos recursos das decisões, das “residências” dos juizes, da crítica doutrinal)⁽⁸⁸⁴⁾. De resto, o próprio corpo dos juristas cuidava de defender este carácter incontrolável da sua prática levando a cabo uma política de “hermetismo”, de que foram peças fundamentais o carácter secreto do processo, a proibição de não motivar as decisões⁽⁸⁸⁵⁾ e a própria manutenção do latim como língua técnica⁽⁸⁸⁶⁾.

Esta “tecnocracia” dos juristas suscitou um continuado movimento de revolta por parte da opinião pública, que a fustiga sobretudo com o argumento de que ela era a forma de encobrir a cupidez, a corrupção, o compadrio e a incompetência⁽⁸⁸⁷⁾. Mas

(“quam causa caret, & fundamento; et sic est contra jus: non tenetur iudex ei obtemperare”).

(⁸⁸³) Já enumerado como tal nas cortes de 1385; v., sobre o assunto, MARCELLO CAEIANO, *História...*, cit., 456; sobre a oposição contemporânea entre “letrados” e “fidalgos”, ibidem 511 s.

(⁸⁸⁴) R. AJELLO, num seu ensaio fundamental sobre este tema (*La rivolta contro il formalismo*, cit., v.g. 568) fala do carácter exclusivo dos critérios “endo-jurisprudenciais” de validação da actividade do jurista, remetendo para outra obra clássica, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 169 ss. (onde esses critérios vêm enumerados).

(⁸⁸⁵) Em Portugal, bem como em Aragão, no entanto, vigorava a regra oposta (a da obrigatoriedade da motivação); cf. O.F., II, 66,7; sobre o tema, J.-M. SCHOLZ, *Literaturgeschichtliche...*, cit., 125 ss.; *Motiva sunt pars sententiae...*, “Atti del terzo Congresso della soc. it. di st. d. dir.”, Firenze 1976, II, 581 ss. Mas, por exemplo, procurava-se manter secretas as motivações dos actos régios, proibindo que se dessem aos interessados os votos expendidos nas consultas; cf. CR. 24.II.1604, D. 12.5.1707.

(⁸⁸⁶) “Já o doutor começa a desenfardalar latim, e Dom Carlos cuidara que diz ele alguma coisa, mas melhor viva eu do que o doutor entende o que diz nem se vem a propósito, e desta maneira sustenta sua malícia e vaidade a custa da nossa inocência e parvoice” (JORGE FERREIRA DE VASCONCELOS, *Comedia Eufrosina*, 1561). É um exemplo entre muitos.

(⁸⁸⁷) Entre nós, bastará ler a literatura de sátira social, de que destacamos algumas poesias incluídas no *Cancioneiro Geral* de Garcia de Resende, algumas das peças de Gil Vicente (por exemplo, a “cena do corregedor” do *Auto da Barca do Inferno*) e a *Arte de furto*. V. ainda N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit., 198 ss. (a crítica humanista). Para a Itália, o já citado R. AJELLO, *La rivolta...*; para a Europa em geral (com especial referência

também os príncipes tentaram pôr corpo à liberdade criadora do corpo dos juristas e reduzi-los à tarefa de intérpretes submissos do direito régio.

Os instrumentos utilizados pelos príncipes foram vários. Por um lado, a proibição de interpretar⁽⁸⁸⁸⁾ e de integrar o direito real⁽⁸⁸⁹⁾, bem como a cominação estrita de o aplicar e de não julgar contra ele⁽⁸⁹⁰⁾. Depois, a instituição de formas de inspecção aos juizes, inquirindo acerca da forma como cumpriam as suas obrigações (*syndicatus*, “residências”)⁽⁸⁹¹⁾. Finalmente, um con-

à Alemanha), F. WIEACKER, *História...*, cit., locs. cit. no índice temático s.v. “Jurista”.

(⁸⁸⁸) V. O.F., I, 5, 5 (“E havemos por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos ou algum delles tiverem alguma duvida em alguma nossa Ordenação do entendimento della, vão com a dúvida ao Regedor, o qual na Mesa Grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que ali for determinado se porá a sentença... E se na dita Mesa forem isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça que he bem de no-lo fazer saber, para a Nós logo determinarmos, no-lo fará saber, para nisso provermos...” - é o expédiente dos “assentos”; a interpretação dada pelo Regedor valeria para casos semelhantes futuros). Note-se que, até certo ponto, a decisão continuava nas mãos dos juristas; de resto, a doutrina entendia que a lei não proibía a interpretação “justa” e “razoável” (cf. A. VALASCO, *Consultationes...*, c. 42, n. 7; D. A. PORTUGAL, *De donationibus...*, t. I, p. 2, c. 10, n. 38; MARTINS DA COSTA, *Domus supplicationis styli...*, ann. 4, n. 11); com o que o objectivo da lei ficava muito prejudicado.

(⁸⁸⁹) O.F., III, 64, 2 (“2. E acontecendo caso, ao qual por nenhum dos ditos modos fosse provido, mandamos que o notifiquem a Nós, para o determinarmos...”); note-se, em todo o caso, que raramente se verificaria a hipótese de, por outro modo (i.e. com recurso ao direito *dos juristas*, ou seja, ao direito comum e às opiniões de Acúrsio e Bártolo — cf., *infra*, 524 ss.), não se conseguir integrar a lacuna da lei. Assim, o recurso ao rei seria excepcional.

(⁸⁹⁰) O.F., I, 5,4 (“E mandamos, que todos nossos Desembargadores que não cumprirem, e guardarem nossas Ordenações inteiramente, sendo-lhes allegadas, paguem às partes em cujo favor forem allegadas vinte cruzados, e sejam suspensos de seus officios ate nossa merce... E os desembargos, e sentenças, em que assi não guardarem as ditas Ordenações, sejam nenhuns...”); O.F., I,48,6 (“E mandamos aos procuradores, que tenham os Livros das nossas Ordenações, e não procurem contra ellas...”); O.F., III,75, pr. (é nula a sentença dada contra direito expresse).

(⁸⁹¹) A residência era uma inspecção feita aos oficiais por um magistrado expressamente incumbido dessa tarefa pelo rei; entre nós, as principais eram as tiradas pelos corregedores em relação aos juizes e seus oficiais (cf. O.F., I, 58, pr. ss.). Sobre elas, NICOLAU COELHO DE LANDIM, *Nova et scientifica tractatio*

trole mais apertado do ensino jurídico, procurando desde a escola estirpar o vício de dar preferência à opinião em detrimento do texto da lei (ainda que este texto fosse o das fontes romanas)⁽⁸⁹²⁾.

No entanto, foi só com o iluminismo e, depois, com a revolução, que os juristas perderam esta posição de predomínio, embora alguns deles tenham conseguido reverter o seu papel e permanecer ao leme do Estado, agora enquanto “políticos”.

Não é fácil analisar o funcionamento social do corpo dos juristas do Antigo Regime. O governo dos juristas não foi, na verdade, um neutral “governo de sábios” — tópico tão ao gosto do neo-platonismo renascentista — ou o simples primado da “razão técnica” sobre as confrontações políticas. Como em qualquer tecnocracia, os técnicos faziam política. Mais difícil é, no entanto, determinar com exactidão que política faziam eles. Algumas pistas: por um lado, uma política de fortalecimento da coroa e, nesta medida, uma política propícia aos grupos sociais em favor dos quais elas funcionavam (as classes feudais, mas, sobretudo, o grupo palatino dos validos, familiares e próximos do monarca). Por outro lado, é indubitável que os juristas eram também um factor de resistência contra o absolutismo régio e, nesta medida, podiam encarnar os pontos de vista das “ordens”; daí a sua

utrique foro perutilis ac necessaria in tres partes divisa: prima de syndicatu iudicum, Lisboa 1677 e MANUEL LOPES FERREIRA, *Direcção para os syndicantes tirarem as residências aos ministros da jurisdição real, e aos seus officiaes*, Lisboa 1733 (saíu sem nome do autor). O processo de residência — pelo menos na sua fase final (só nos são acessíveis — no ANTT, Núcleo Des. Paço — processos de residência posteriores a 1760, embora existam provavelmente processos anteriores de correições e residências nos arquivos locais) — é um mero *pro forma*: o sindicado colhe certidões, de uma dezena de repartições, de como cumpriu as ordens que lhe tivessem sido dadas e o corregedor ouve, localmente, as pessoas mais importantes; mas as respostas destas são invariavelmente laudatórias e recorrendo às mesmas fórmulas tabeliônicas (“bom letrado”, “muito limpo de mãos”, “bom despachador”, “acolhedor”). O mesmo se passaria em Itália, segundo R. AJELLO, *La rivolta contra il formalismo...*, cit., 563. De resto, o próprio facto de o sindicante ser também um letrado desde logo limitava muito o alcance político da diligência (cf. A. 12.11.1611).

(⁸⁹²) Cf., entre nós, o sentido geral da reforma dos estudos jurídicos de D. João III, nomeadamente o “Regimento da Instituta” (publ. por MÁRIO BRANDÃO, *Documentos de D. João III*, Coimbra 1937, I, 196 ss.), onde se procurava que os estudantes fossem, antes de mais, cumpridores exactos da lei (“bons textuais”). Sobre o assunto, N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit., 211 ss. e, *infra*, 503 ss.

presença em todos os movimentos de tipo “frondista” (i.é, de resistência tradicionalista ao poder crescente da coroa) como, v.g., a nossa Restauração⁽⁸⁹³⁾.

Entre nós parece possível dizer — na base de um estudo é certo que não sistemático e muito simplificador — que, no plano das soluções jurídicas práticas (e não, por vezes, no dos tópicos teóricos avançados) —, os juristas são favoráveis à coroa nos confrontos com a Igreja (enquanto Igreja universal); são favoráveis às classes feudais, na garantia que asseguram aos seus privilégios em face da coroa; e, aspecto importante — já salientado, em geral⁽⁸⁹⁴⁾ —, são favoráveis a uma “*patrimonialização das relações e situações que hoje diríamos políticas ou publicísticas*”, o que permite a sua aquisição contratual pelas camadas sociais em ascensão económica. Por esta última via “reformista” terá sido possível uma certa mobilidade social sem ruptura dos quadros ideológicos e políticos do feudalismo. Os juristas *garantiram o sistema, mas terão permitido uma certa dinâmica social intra-sistemática*.

No plano dos diferendos Estado-Igreja, os juristas parece terem-se inclinado mais para posições *regalistas* (ou, pelo menos, *galicanas*) do que curialistas⁽⁸⁹⁵⁾.

b) Tradicionalismo.

À ideia de que o direito era uma ciência juntava-se, como vimos, a ideia de que o direito era *uma tradição*: “Do mesmo modo que, nas doenças, não se devem experimentar novos medicamentos se se puder recorrer aos velhos, do mesmo modo — diz um dos nossos juristas de seiscentos — não se

(⁸⁹³) Noutro sentido, L. REIS TORGAL, *Ideologia política e teoria do Estado na Restauração*, Coimbra 1978 (ed. pol.), 799, 803. Em geral, sobre os letrados na estrutura social ibérica dos sécs. XVI e XVII, RICHARD L. KAGAN, *Students and society in early modern Spain*, Baltimore 1974, XXV+278 p.p.

(⁸⁹⁴) Por R. AJELLO (*La rivolta...*, cit., 552) e P. GROSSI (*La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973).

(⁸⁹⁵) A crítica pombalina aos juristas seiscentistas acusa-os, quase sem excepção de jesuitismo e de curialismo; para além de que nem sempre as duas coisas foram compatíveis (cf. R. AJELLO, *La rivolta...*, cit., 552/3), é conhecida a falta de serenidade histórica do pombalismo.

deve pensar em novas leis se se puder encontrar nas velhas algum remédio para os males da república; e assim a nossa lei manda atentar nos estatutos antigos antes de os fazer de novo, pois é raríssimo que as leis devam ser mudadas, embora se possam emendar e interpretar”⁽⁸⁹⁶⁾.

Embora o legislador também recorra ao tópico da antiguidade para legitimar as soluções do direito positivo, são os juristas que mais insistem nesta função da tradição como processo de revelação do direito. O que não é de admirar. Por um lado, porque eram os próprios juristas os depositários dessa tradição: se, apesar de tudo, não estava no centro das suas atribuições o “fazer as novas leis”, já aí estava o “emendar e interpretar as antigas”. Mas, por outro lado, a concepção tradicionalista do corpo do direito desvalorizava decisivamente o papel do monarca, pois as suas novas determinações teriam sempre que ser confrontadas com as soluções tradicionais e sujeitas a uma interpretação *conforme com a tradição* (“conforme com a constituição”, *hoc sensu*)⁽⁸⁹⁷⁾.

O direito tradicional manifestava-se através das diversas formas da tradição jurídica — a tradição doutrinal (a opinião comum dos doutores — *opinio communis doctorum*), a tradição jurisprudencial (o “estilo” — *stylus curiae*), a tradição social (o costume — *consuetudo*).

Da *opinio communis* falaremos desenvolvidamente adiante⁽⁸⁹⁸⁾. Quanto ao estilo, pode ser brevemente caracterizado como a “jurisprudência constante dos tribunais superiores (Casas da Suplicação e do Cível, depois, das Relações) que, para uns, dizia somente respeito à ordem do processo, enquanto, para outros, abrangia a própria decisão; e que, na opinião dominante, não devia ser *contra legem*, devia ser observado durante 10 anos e

⁽⁸⁹⁶⁾ M. A. PEGAS, *Commentaria...*, t. 5 (Ad. O.1.66.28) c. 7, n. 9. Já Bártolo defendia que a *legum correctio* devia ser, quanto possível, evitada (*Im primam Dig. Vet. partem*, IX, II, 1). Sobre o assunto, W. ULLMANN, *The medieval idea of law as reported by Lucas de Penna. A study in The 14th century legal scholarship*, London 1946, 95 ss.; D. WIDUCKEL, *Princeps...*, cit., p. 82.

⁽⁸⁹⁷⁾ Por isso mesmo, o pensamento jurídico iluminista vai insistir muito no tópico da variabilidade histórica das condições, de modo a desvalorizar como “ultrapassadas” as soluções do direito histórico; cf., *supra*, 29 ss.

⁽⁸⁹⁸⁾ *Infra*, 475 ss.

introduzido, pelo menos, por dois — ou, segundo alguns, três — actos”⁽⁸⁹⁹⁾. O costume, por sua vez, era a manifestação de uma vontade normativa da comunidade, consentida pelo príncipe, e materializada numa série de actos (dois ou mais, para a doutrina mais comum) praticados ao longo de um certo período (no mínimo dez anos)⁽⁹⁰⁰⁾.

As determinações jurídicas emanadas do rei assumiram, nas épocas tardo-medieval e moderna, formas diversas:

a) *Carta de lei* — era a forma mais solene, principiando pelo nome e título do rei (v.g., “D. João, por graça de Deus Rei de Portugal e dos Algarves...”, etc.) e terminando com a assinatura e firma reais (“O Rei com guarda”) e selo de chumbo da chancelaria régia; tinha, normalmente, por objecto os assuntos mais importantes do governo;

b) *Lei* — não se distingue das anteriores quanto ao objecto, mas apenas quanto à solenidade; reconhece-se por não levar, a final, senão a assinatura (“O Rei”); este tipo, tal como o anterior, designava-se também pelos nomes gerais de “carta” ou “provisão”;

c) *Alvará* — solenidades idênticas às do tipo anterior embora, por vezes, apareça com o *incipit* abreviado “Eu o Rei”; utilizava-se para providências que não vigorassem por período superior a um ano e não passava pela chancelaria (*Ord. Fil.*, II, 39 in pr. e II.40); normalmente, eram utilizados para providências de interesse particular; se a graça concedida pelo alvará apenas se tornasse efectiva num momento posterior (v.g., nomeação para certo ofício quando ele vagasse), o alvará dizia-se “de lembrança” (e, neste caso, a doutrina entendia que podia ter vigor ainda depois do ano); frequentemente, os alvarás continham uma cláusula que lhes conferia força para além do ano (“alvará com força de lei”);

d) *Decreto* — é uma ordem do rei dirigida a um tribunal, repartição ou oficial (“F. ... assim o tenha entendido e o faça executar”), assinado apenas com a firma (“Rei”);

e) *Portaria e avisos* — providões emanadas de uma repartição ou oficial (normalmente, secretários do rei), baseadas num mandato verbal do rei; a sua fórmula ordinária é “Manda o Rei Nosso Senhor...”, etc.; apesar de restringidas pela lei (*Ord. Fil.*, II, 41), eram bastante comuns⁽⁹⁰¹⁾.

⁽⁸⁹⁹⁾ N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português. Fontes de direito*, Lisboa 1980, 421; para maiores desenvolvimentos, v. todo o capítulo dedicado ao “estilo”, 415 ss.

⁽⁹⁰⁰⁾ N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito...*, cit., 421 ss.

⁽⁹⁰¹⁾ Sobre as espécies de leis e rescritos, M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 7, p. 651, n. 9 ss.; FRANCISCO COLHO DE SOUSA SAMPAIO, *Prelecções de*

Qual a relação entre este direito tradicional e o direito emanado do poder político, nomeadamente, a lei?

A opinião comum é a de que o costume e direito escrito têm a mesma dignidade e que, portanto, se podem revogar mutuamente⁽⁹⁰²⁾.

Isto é geralmente aceite no que respeita às relações entre costume e direito comum⁽⁹⁰³⁾, até porque, neste caso, a revogação do direito escrito (comum) pelo direito consuetudinário (próprio) podia ser fundamentada na regra de que o direito especial derroga o geral.

Já no que respeita às relações entre costume e lei nacional, as opiniões se encontram divididas. Uns consideram que entre os requisitos do costume não está a conformidade com a lei⁽⁹⁰⁴⁾.

direito público.... cit., 73 ss.; G. BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português*, cit., 402 ss. (o mais completo).

⁽⁹⁰²⁾ J. CABEDO, *Decisiones*..., p. 2, d. 39, n. 6; CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus*..., Addit. ad v. "Consuetudo", p. 250, col. 2; LUÍS CORREIA, *Comentários às Ordenações Manuelinas* [BNL. F.G. 1777-1779], ns. 9/10 (de acordo com a versão publicada por N. E. GOMES DA SILVA, *O direito subsidiário num comentário às Ordenações Manuelinas atribuído a Luís Correia*, Lisboa 1973, 33 ss.); PEDRO BARBOSA, *Commentarii ad interpretationem tituli ff. De iudicis*, Lisboa 1613, ad. leg. cum praetor, l. n. 285; ANTÓNIO LEITÃO HOMEM, *De differentiis inter ius commune et regiam Ordinationem tractatus*, Ms. BNL cod. 6640 F.G., 3.^a ass. (na versão publicada por N. E. GOMES DA SILVA, *O direito subsidiário das Ordenações Filipinas num comentário de António Leitão Homem*, Coimbra 1977, 212).

⁽⁹⁰³⁾ N. E. GOMES DA SILVA, *Commentaria*... (ad. O., 3.64.pr.) n. 35 e literatura aí citada; no entanto, entende-se que o costume não revoga nem o direito divino, nem o direito natural; esta é a consequência de se exigir ao costume a característica da racionalidade. Cf. A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus*..., v. "Consuetudo", n. 3.

⁽⁹⁰⁴⁾ T. VALASCO, *Allegationes*..., all. 56 n. 3 ("consuetudo parem vim habet cum lege... & facit licitum quod alias est illicitum"); J. CABEDO, *Decisiones*..., p. 1, d. 110, n. 2 ("consuetudo vim legis obtinet"); M. GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria*... (ad. O., III, 64, pr.) n. 36 ("lex et consuetudo aequalis efficiunt") e n. 38 ("consuetudo potentior est, & maior efficaciae, quam statuta, & constitutiones municipales"); A. VALASCO, *Consultationes*..., d. 70, n. 5; além da posição dos autores dos dois já referidos comentários publicados por N. E. GOMES DA SILVA (v., *supra*, n. 902). É certo que muitos destes autores podem ser interpretados no sentido de reconhecerem a validade do costume apenas quando não exista lei; outros, porém, são expressos no sentido de que o costume derroga a lei (é o caso, v.g., de Luís Correia — "vidatur tamen quod prius erat recurrendum ad consuetudinem quam ad ius scriptum, cum consuetudo iuri derogat"... "succeedente consuetudine, quae legi derogat..." — no cit. comentário, ns. 9 e 10).

Outros, em contrapartida, ou declaram que o costume contra a lei é irracional⁽⁹⁰⁵⁾, ou interpretam a enumeração das fontes de direito nacional contida nas Ordenações (Ord. Fil., III, 64, pr. — "ley dos nossos Reinos, ou Stilo da nossa Corte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal que por direito se deva guardar...") como contendo uma hierarquização em que o costume aparecia em terceiro lugar⁽⁹⁰⁶⁾.

Seja como for — e a despeito dos inconvenientes práticos⁽⁹⁰⁷⁾ — o que é certo é que os autores da época referem textos das Ordenações considerados derogados por costume contrário⁽⁹⁰⁸⁾, enquanto que muitos outros, se bem que não claramente revogados, são interpretados e aplicados de acordo com as correntes jurisprudenciais que sobre eles se tivessem formado o que, muitas vezes, não deixa de lhes alterar significativamente o conteúdo⁽⁹⁰⁹⁾.

⁽⁹⁰⁵⁾ A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus*..., v. "Consuetudo", ns. 3 e 6.

⁽⁹⁰⁶⁾ Ainda que se entendesse que as Ordenações estabeleciam uma ordem de prioridade na utilização do direito nacional, havia quem defendesse que, havendo costume contra lei e dado que este a revogava, esta deixava de existir e, portanto, a alegada hierarquização das Ordenações era ainda aqui respeitada. Cf. N. E. GOMES DA SILVA, *O direito subsidiário num comentário às Ordenações Manuelinas*..., cit., 16. Caso especial e diferente do do costume era o do estilo *contra legem*; quanto a este, era geralmente dito que não podia valer, o que se explica pelo facto de a própria sentença *contra legem*, na qual o estilo se devia fundar, ser nula (cf. O.F., III, 5.4 e III, 75, pr.). Em todo o caso, António Leitão Homem refere a existência de um Assento equiparando o estilo ao costume e dispondo que "stillus vel consuetudo contra ius non observetur nisi sententia aut Senatus consulto fuerit approbata specialiter" (ed. cit., p. 210 in cap.).

⁽⁹⁰⁷⁾ Discutindo a questão da revogação da lei pelo costume, M. A. PEGAS (*Resolutiones forenses*..., t. I, c. 1, n. 18 e 19 ss.), depois de registar que muitos autores respondem afirmativamente à questão, considera isso perigoso "pois os oficiais do rei juraram cumprir as leis" e da violação deste juramento resultaria, além do mais, uma grande arbitrariedade.

⁽⁹⁰⁸⁾ É o caso, v.g., do preceito das Ordenações que proibia as serventias (O.F., 1.97).

⁽⁹⁰⁹⁾ "Consuetudo est optima legis et statuta interpretes" (M. PHAEO, *Decisiones*..., d. 10, n. 4); "Consuetudo regni ad decisionem causarum prevalet aliis omnibus legibus" (A. GAMA, *Decisiones*..., d. 193, n. 5); "Praxis senatus maxime attendenda & observanda" (A. VALASCO, *Consultationes*..., c. 146 n. 2). Sobre esta ideia de que a prática "é ciência digestiva" e de que é através dela,

12.3. Uma ordem jurídica probabilista.

Como antes vimos, o ordenamento jurídico corporativo era estruturalmente dominado pelo princípio do particularismo. Isto quer dizer que nele coexistiam múltiplos sub-ordenamentos (direito canônico, direito do reino, direito comum, direitos estatutários das cidades) e normas isoladas (privilégios) entre si conflituais.

A unidade do sistema jurídico — i.é., a integração de todos estes elementos normativos numa estrutura harmónica — tinha, então, que ser obtida por processos que não destruíssem a autonomia e especificidade de cada um dos sub-ordenamentos ou privilégios; isto porque cada um destes sub-ordenamentos ou privilégios constituía a garantia, em termos jurídico-normativos, de uma determinada situação social e política privilegiada.

Se hoje o jurista resolve os problemas das contradições normativas (antinomias) pelo sacrifício de um dos dois princípios ou normas em conflito, em função duma certa tabela geral de hierarquia entre eles (v.g., o mais geral prefere o menos geral, o mais moderno revoga o mais antigo, etc.), o jurista medieval e moderno tinha que procurar formas de resolver essas contradições que mantivessem em vigor, simultaneamente, os princípios ou as normas em conflito, decorrendo da análise concreta-histórica das circunstâncias de cada caso (do caso *sub iudice*) a preferência por uma delas.

Isto dá ao discurso jurídico do antigo regime um tom muito particular, sobretudo se confrontado com o discurso jurídico contemporâneo, largamente enformado por um conceitualismo de tipo logicista dominado pelo princípio da não contradição. Na verdade, o jurista do antigo regime raciocina, não em termos

mais do que através da teoria ou do seco texto da lei, que os juristas se devem orientar, v. N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito*..., 339 ss.; cf., v.g., esta manifestação da ideia: "as leis são discutidas nas escolas e digeridas nos tribunais porque a prática é uma ciência digestiva; não se deve, portanto, cultivar a teoria sem um conhecimento do direito sólido e digerido pela prática, se bem que a prática sem a teoria seja extremamente perigosa e cõxa" (ANTÔNIO HOMER LEITÃO, *Comentário*..., cit., n. 7). Um exemplo: o conteúdo das cláusulas gerais insertas nas doações de bens da coroa e de regalias é determinado pelo costume (bens e direitos que "costumam ou não" ser doados); cf. M. A. PEGAS, *Commentaria*..., t. 10, p. 72, n. 9 ss.

axiomáticos, mas em termos *dialécticos* — i.é., no seu discurso, a argumentação desenvolve-se, não dedutivamente a partir dum princípio, tido como absolutamente válido e de que a solução jurídica concreta seria uma simples explicitação, mas a partir do confronto de vários pontos de vista conflituais e simultaneamente vigentes, cuja adequação e importância recíproca são verificadas para cada caso concreto.

Nestes termos, cada norma ou princípio tem, à partida, um valor apenas *provável*, constitui apenas *uma sugestão* quanto à resolução da questão, representa apenas um *ponto de vista* de enfoque do caso concreto; e é só no momento da decisão, perante uma situação histórica e concretamente determinada (caso por caso, portanto), que se avaliará da adequação (e, logo, da vigência) de cada norma ou princípio.

A decisão jurídica é, assim, o produto duma ponderação casuística dos princípios e normas conflituais que integram o ordenamento jurídico, processando-se através dum seu confronto em termos dialéctico-argumentativos⁽¹⁰⁾.

A preferência, perante um caso concreto, dado a um ou outro princípio decorre da importância relativa que, no quadro dos valores político-sociais e ético-jurídicos da época, os vários princípios e normas assumem nesse caso. A solução representa, assim, uma tradução do consenso social possível acerca dos valores em jogo no caso concreto e não a aplicação dum modelo de decisão imposto arbitrariamente à consciência social pelo legislador⁽¹¹⁾.

13. O direito da baixa idade média. Caracteres gerais.

O teor dominante do nosso curso (*cf., supra*, 11 ss.) fez com que a sua periodização fosse sensivelmente atraída pela periodização da história do sistema político. Se o curso tivesse incidido mais directamente sobre a história do aparelho e da prática jurídicos, os séculos XIV e XV teriam legitimamente que

⁽¹⁰⁾ Sobre o modelo argumentativo ou tópico do discurso jurídico, os seus fundamentos teórico-filosóficos e as suas técnicas, v., adiante, 466 ss.

⁽¹¹⁾ Sobre este processo ("decisão por mediação", por oposição à "decisão adjudicatória") de solução das questões jurídicas, v. BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder*, Coimbra 1980, 17 ss.

ser considerados como a abertura de uma longa época — da mais longa época da história da prática jurídica portuguesa (e europeia) —, época que só irá terminar, nos finais do século XVIII, com as reformas iluministas (entre nós, do Marquês de Pombal).

Na verdade, os traços mais característicos do sistema social de criação e aplicação do direito durante todo o antigo regime vão estar contidos, por vezes ainda em embrião, na estrutura da prática jurídica dos finais da idade média.

A constituição de um aparelho jurídico claramente diferenciado (sobretudo, em relação ao aparelho político e administrativo, embora permaneçam pontos de contacto), a progressiva constituição de uma categoria profissional de juristas, a elaboração de um *corpus* científico e dogmático autónomo, com o consequente aparecimento de um modelo lógico-discursivo (i.e., de um sistema de conceitos, de regras de argumentação, de referências teóricas), o surgir — mesmo — de uma linguagem “jurídica”, tais são os traços estruturais agora em desenvolvimento, e que irão manter uma fundamental continuidade durante cerca de meio milénio, desafiando as rupturas, por vezes profundas, ocorrentes a outros níveis da realidade histórica.

Mesmo a prática actual mantém ainda características que apareceram então (como a autonomia da profissão e do saber jurídicos, com a consequente tensão, ainda hoje existente, entre o “jurista” — depositário e “sacerdote” de um saber razoavelmente hermético mas socialmente poderoso — e o “leigo”).

Na constituição do sistema da prática jurídica baixo-medieval confluem várias dinâmicas: uma dinâmica institucional, uma dinâmica política, uma dinâmica económica e social, uma dinâmica cultural. Parece-nos, porém, que o esquema explicativo enunciado na introdução metodológica a este curso permanece aqui fundamentalmente válido⁽⁹¹⁾. Os elementos institucionais e, através deles, os elementos económicos-sociais, parece constituir, também aqui, a matriz na qual os restantes se vazarão e pelos quais serão condicionados nos seus desenvolvimentos.

É, portanto, pelos elementos institucionais da prática jurídica que a iniciaremos a exposição.

(⁹¹) Cf., *supra*, 23 ss.

13.1. O direito da baixa idade média. Características institucionais da prática jurídica.

13.1.1. Órgãos da justiça local.

Já antes, aquando da descrição das instituições municipais, foram referidas as principais novidades no domínio da aplicação da justiça a *nível local*. Elas consistiam, não tanto na sua aplicação por magistrados eleitos pelas populações (alvazis, juizes) — pois tínhamos visto que essa era, precisamente, a característica principal da aplicação do direito na época anterior (cf., *supra*, 000 ss.) —, mas na progressiva (embora lenta) intromissão do poder real neste domínio, quer através da nomeação de funcionários inspectivos (os *corregedores*), quer através da nomeação de juizes seus (*juizes de fora*), em substituição dos juizes da terra⁽⁹¹³⁾.

a) Corregedores.

A nomeação dos corregedores teve, até D. Afonso IV, a natureza de medida extraordinária, justificando-se pelo desejo real de pôr cobro a situações anormais de negligência ou abuso dos juizes, de usurpação de justiça ou de alastramento da criminalidade. No entanto, a partir de D. Afonso IV, o cargo de corregedor adquire o carácter de magistratura ordinária, encarregada, no domínio jurisdicional⁽⁹¹⁴⁾, de inspeccionar e instruir os juizes locais. A intervenção dos corregedores na aplicação prática do direito era, no entanto, excepcional, já que o seu regimento não os autorizava a avocar as causas da competência dos juizes locais, a não ser que as circunstâncias da causa (nomeadamente, a qualidade social dos réus) fizessem temer que o juiz se sentisse coacto para decidir⁽⁹¹⁵⁾.

(⁹¹³) Sobre o mundo jurídico local v., *infra*, 259 ss.

(⁹¹⁴) Os corregedores tinham outro tipo de funções como já se disse (cf., *supra*, 252 s.).

(⁹¹⁵) Sobre a evolução desta magistratura e as suas atribuições, v. *supra*, *ibid.* e bibliografia aí citada.

A sua reduzida intervenção directa em tarefas judiciais⁽⁹¹⁶⁾ explica que, até muito tarde, o lugar de corregedor pudesse ter sido desempenhado por pessoas sem formação jurídica especializada. Nas cortes de 1427, de 1481 e de 1490, os povos pedem, no entanto, que os corregedores sejam nomeados entre os juristas letrados; mas só com D. João III (13.1.1539) se passa a exigir estudos universitários de leis (oito anos) para o desempenho deste cargo⁽⁹¹⁷⁾.

Os corregedores exerciam a sua jurisdição sobre uma circunscrição designada *comarca* ou *corregedoria*. Até ao século XVI houve seis comarcas, correspondendo, *grosso modo*, às seis províncias tradicionais (Entre-Douro-e-Minho, Trás-os-Montes, Beiras, Alentejo, Estremadura e Algarve)⁽⁹¹⁸⁾; D. João III aumentou o número das comarcas⁽⁹¹⁹⁾, o mesmo tendo acontecido

(916) Para além desta intervenção, a título de julgador, nos casos em que o juiz se declarasse (ou o corregedor o suspeitasse) coacto, o corregedor devia ainda orientar o juiz no julgamento dos feitos, função que pressuporia, decerto, alguma informação jurídica.

A competência jurisdicional dos corregedores é alargada por lei de 10.10.1592, ficando a poder avocar feitos de juizes ordinários até duas léguas em redor do lugar onde se encontrassem (cf., também, *Ord. Fil.* I, 58, 23).

(917) DAMIÃO DE GÓIS (*Crónica*, I, 26) informa ter sido D. Manuel quem passou a exigir a qualidade de letrado para o desempenho deste cargo; nele se abona M. A. PEGAS (*Commentaria...*, cit., *ad. Ord.* I, 58, gl. I, n.º 6). No entanto, os lapsos do cronista nestas matérias já têm sido criticados (v., JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Sobre a origem dos nossos juizes de fora*, em *Memórias de litteratura*, cit., I, 43). A referida lei de D. João III pode encontrar-se em JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Synopsis chronologica...*, Lisboa 1790, I, 383 s. e DUARTE NUNES DE LEÃO, *Leis extravagantes...*, Coimbra 1796, 580. As suas disposições (exigência de doze anos de estudos jurídicos para os desembargadores ou de oito anos de estudos mais quatro de prática como juizes de fora, ouvidores, corregedores ou procuradores da Casa da Suplicação; e de oito anos para os restantes cargos e ainda para o exercício da advocacia) foram confirmadas nas *Ord. Fil.*, I, 35 e 48. Apesar de a lei se referir aos ofícios de “julgar e procurar”, sem restrições, é certo que não se applicava aos juizes ordinários (ou eleitos), em relação aos quais disposições posteriores se contentavam em exigir que soubessem ler e escrever (v.g., o alvará de 13.11.1642, em *Col. chron. leis extrav. Leis e alv.*, I, 440; cf., também a C.R. 19.11.1631, em que se refere o frequente analfabetismo dos juizes ordinários); sobre o tema, cf., *supra*, 259 ss.

(918) Sobre a comarca até ao séc. XV, H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., XI, 55 ss.; JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Lista dos magistrados de segunda instância...*, em *Reflexões históricas*, Coimbra 1836, 39-70.

(919) Sobre a divisão das comarcas com D. João III, JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Memoria sobre a sub-divisão das correições no reinado do Senhor*

durante os séculos XVII e XVIII. Em meados deste último século o reino estava dividido nas seis províncias (agora circunscrições militares, subordinadas a um general de armas) e em 38 circunscrições judiciais (22 comarcas e dezasseis ouvidoria), por sua vez sub-divididas em concelhos (e seus termos)⁽⁹²⁰⁾. Nos finais do século XIX fazem-se importantes estudos, dirigidos por JOSÉ ANTÓNIO DE SÁ, para a reforma das comarcas: documentos deles provenientes, com grande interesse histórico, encontram-se nos ANTT e Arquivo de S. Bento.

Nas terras dos senhores a quem o rei tivesse doado o privilégio de exercerem a jurisdição, as funções de jurisdição de recurso eram exercidas, como vimos, pelos *ouvidores*⁽⁹²¹⁾.

Disto que acaba de ser dito duas ilações provisórias se podem tirar quanto ao impacto da acção dos corregedores na configuração da vida jurídica local. Por um lado, o seu contacto com os problemas técnico-jurídicos era tangencial, sendo a sua intervenção no domínio da justiça polarizada pelos aspectos político-administrativos⁽⁹²²⁾; daqui que a sua acção na orientação da vida jurídica local e na unificação — mesmo a nível regional — da ordem jurídica deva ter sido muito limitada⁽⁹²³⁾. Por outro lado, o facto de, até muito tarde, os corregedores terem sido na sua maioria leigos em direito⁽⁹²⁴⁾, além de reforçar a ilação anterior, sugere ainda que não possam ter servido de

D. João III, e cadastro das províncias a que se procedeu no mesmo reinado, em *Reflexões históricas*, cit., I-12.

(920) Sirvo-me dos dados contidos na *Mémoire géographique sur le royaume de Portugal* (1767), de autor desconhecido, mas que este diz tirar “des meilleurs géographes portugais, Cactano de Lima, Manoel de Azevedo et autres” (publicada por ANTÓNIO PEDRO VICENTE, *Memórias políticas, geográficas e militares de Portugal*, 1762-1796, Lisboa 1971, 151 ss.). Existem outras tábuas administrativas para esta época ou para o século anterior; lembro, das inéditas, os ms. 440 BUC (fins do s. XVII), 5892 BUC (1811), Cod. 212 BNL, Cod. 103 BNL (s. XVIII), Cod. 614 BNL (1749), D. 522 BNL, 44-13-51 (n.º 3, fls. X-XII) Ajuda e 46-13-17 8 Ajuda.

(921) Sobre as justiças senhoriais, v., *supra*, 291 ss.

(922) Inspeção administrativa dos juizes e dos outros funcionários judiciais, nomeadamente.

(923) Já nos referimos, no entanto, a, pelo menos, uma intervenção de um corregedor na compilação do direito local (cf., *supra*, 253⁴⁸⁵).

(924) Este mesmo facto realça, como já se disse, o carácter predominantemente administrativo (e não judicial) dos corregedores, pelo menos até aos inícios do século XVI.

canais eficazes para a penetração na vida jurídica local do novo direito erudito que já dominava nos tribunais da corte e que de há muito influenciava a legislação real.

b) Juízes de fora.

Mais impacto na vida jurídica local teve, pelo contrário, a nomeação de juízes de fora, prática que, como já vimos (cf., *supra*, 254), se iniciou ainda no século XIII.

Ao contrário do que acontecia com os corregedores, os juízes de fora tinham uma intervenção directa na vida jurídica local pois, à semelhança dos juízes da terra, julgavam eles próprios os feitos. No que respeita à sua formação literária, também parece ter-se estabelecido mais precocemente o princípio de que era vantajosa a sua formação jurídica. Ainda na primeira dinastia (1368), encontramos um doutor em ambos os direitos (*doctor in utroque iure*) como juiz de fora de Coimbra⁽⁹²⁵⁾. No entanto, só com D. Manuel o número de juízes de fora licenciados ou bacharéis se apresenta como superior ao dos juízes leigos (o último dos quais é nomeado em 1516)⁽⁹²⁶⁾. A partir de 1516 — vinte e três anos antes da lei de D. João III que exige os oito anos de estudos jurídicos para o desempenho do cargo (cf., *supra*, 255) — os juízes de fora são, todos eles, letrados.

O impacto de juízes letrados no ambiente jurídico local não pode deixar de ter sido grande⁽⁹²⁷⁾. Com eles, teria chegado à província o novo direito erudito ensinado nas universidades e — com este e com a nova legislação real com ele condizente e pouco respeitadora dos direitos locais costumeiros — se teria alargado a crise dos ordenamentos jurídicos locais. Ao lado

⁽⁹²⁵⁾ JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Sobre a origem dos nossos juízes de fora*, em *Memórias de literatura...*, cit., 34 n. 1.

⁽⁹²⁶⁾ Nos reinados de D. Afonso V e de D. João II a maior parte dos lugares ainda era provida em cavaleiros ou escudeiros, apenas se encontrando entre os nomeados alguns estudantes e um bacharel, segundo informa o A. citado na nota anterior, 39 s.

⁽⁹²⁷⁾ O alcance desta afirmação não deixará de ser muito atenuado se atentarmos no escasso número de terras dotadas de juiz de fora até aos finais do Antigo Regime. V., *supra*, 268. D. João I dera instruções aos juízes de fora para corrigirem os julgamentos dos juízes leigos das terras vizinhas; mas o protesto dos fidalgos fá-lo voltar atrás (cf. *Ord. Af.*, II, 59, 6).

destes juízes, outros funcionários de justiça ou pessoas ligadas ao tribunal dominariam, também, pelo menos algo da nova arte jurídica; deles se salientariam os advogados (a que a lei de D. João III exige, também, oito anos de estudos jurídicos) e os tabeliães, figura em que a nossa historiografia jurídica pouco tem atentado⁽⁹²⁸⁾, mas que bem poderá ter sido um elemento precursor da nova cultura jurídica no mundo da província⁽⁹²⁹⁾.

13.1.2. Órgãos da justiça central.

Também ao nível da administração central, o movimento nesta época detectável é, como vimos, no sentido de uma progressiva especialização e autonomização, dentro do conselho real (ou cúria, ou corte ou casa real, cf. *supra*, 148 ss.), de um sector dedicado aos assuntos “de justiça”.

Já no reinado de D. Afonso II se nota a existência de um tribunal supremo do reino, distinto do conselho (político-administrativo-militar) do rei (cf., *supra*, 148 s.). No entanto, dentro deste mesmo tribunal, inicia-se no início do séc. XIV — uma nova diferenciação, ao mesmo tempo funcional e territorial: do tribunal da corte, essencialmente ambulante, destaca-se a *Casa do cível*, com tendência para se fixar em Lisboa, e exclusivamente dedicada ao julgamento dos recursos ordinários⁽⁹³⁰⁾.

⁽⁹²⁸⁾ Cf., no entanto, JORGE DE ALARCÃO, *Emolumentos do tabelionato medieval português. Um documento inédito*, em “Rev. port. hist.” 8(1959) 299-305; JOSÉ MARIA ADRIÃO, *Ensaio de uma bibliografia crítica do notariado português*, Lisboa 1924; H. DA GAMA BARROS, *História...*, VIII, 355 ss.

⁽⁹²⁹⁾ Lembremo-nos de que o notário foi o primeiro funcionário jurídico local obrigado a ter cultura literária, de resto verificada por um exame oficial (cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, VIII cit., 417/8). Sobre o papel do notário da prática jurídica medieval e na difusão do direito erudito, realçando, precisamente, o carácter técnico desta profissão (“*intellegunt gramaticam et latinum et ea quae pertinent ad officium notarie vel tabelionatus*”, Sabóia 1236) e dando notícia do actual interesse pelo estudo histórico deste tema, A. WOLF, *Das öffentliche Notariat*, em (H. COING) *Handbuch der Quellen...*, cit., 505 ss.

⁽⁹³⁰⁾ Em 1355 (cf. lei dessa data em *Ord. Af.*, V, 59, 1 a 11), já a Casa do Cível aparece destacada do tribunal da corte e sedeada em lugar fixo; em 1433,

Após a autonomização da Casa do Cível, o tribunal da corte passa a ser designado ora por *desembargo do paço*, ora por *casa da suplicação*. Esta dupla designação reflectia, de facto, o carácter ainda dual das suas atribuições; se, por um lado, era o órgão auxiliar do monarca na decisão ("desembargo") das decisões correntes de governo (assuntos de Estado ou de governo, matérias de graça, incluindo os recursos judiciais extraordinários), era também o órgão encarregado de julgar certos recursos ordinários de última instância ("súplicas") cujo conhecimento continuava, como vimos antes, a pertencer-lhe (feitos crimes e feitos do lugar da corte).

A tendência ocorrente foi, portanto, para uma nova divisão orgânica, já apontada nas *Ord. Af.* (I, 4, 2 ss., max. 20-9), mas perfeitamente consumada nas *Ord. Man.* (ed. de 1521). Surgem, então, dois órgãos autónomos: a *Casa da Suplicação*, órgão de carácter jurisdicional com competência para conhecer dos recursos ordinários que não fossem da competência da Casa do Cível, e o *Desembargo do Paço*, órgão de carácter político-administrativo, com competência em matérias de governo e de graça (incluindo nestas os recursos judiciais extraordinários).

esse lugar é definitivamente Lisboa (antes lora, também, Santarém), tendo sido fixada, nas cortes de Santarém de 1434, a sua competência relativamente ao tribunal da corte. Grosso modo, a distribuição de competências era a seguinte: a Casa do Cível conheceria dos recursos cíveis de todo o reino, salvo dos que viessem do lugar onde estava a corte (ou cinco léguas em redor), e ainda dos recursos crime da cidade de Lisboa e seu termo; o tribunal da corte, por sua vez, conheceria dos recursos crime de todo o reino (salvo dos de Lisboa) e dos recursos cíveis do lugar onde se encontrasse a corte. A Casa do Cível aparece perfeitamente autonomizada nas *Ord. Af.* (onde, todavia, não é referida expressamente entre os órgãos e ofícios da administração central; mas cf., I, 7; III, 90; V, 59 e 98) e nas *Ord. Man.* (I, 29 ss.; III, 56). Em 1582 (27 de Julho), Filipe II extinguiu a Casa do Cível de Lisboa e criou outra no Porto, agora encarregada de conhecer os recursos ordinários apenas das comarcas do Norte, denominada *Relação da Casa do Porto*, decisão que se manteve nas *Ord. Fil.* (I, 35 ss.) e está na origem da actual relação do Porto. Toda esta evolução vem descrita em H. DA GAMA BARROS, *História...*, III, 264 ss. Cf., também, para as grandes linhas, ALBERTO DOS REIS, *Organização judicial. Lições*, Coimbra 1909, 66 ss.; os artigos do *Dic. hist. port.*, "Casa da Suplicação", "Casa do Cível" e "Desembargo do Paço" não são seguros. Sobre os tribunais centrais, com desenvolvimento, v. *supra*, 332 ss.

7.1.3. A presença de letrados no aparelho judicial baixo-medieval.

Ao contrário do que aconteceu nos órgãos locais de administração da justiça, foi muito precoce a presença de letrados peritos em direito nos tribunais da corte. Ainda na fase anterior, notámos a sua presença junto do rei, como conselheiros (cf., *supra*, 147)⁽⁹³¹⁾.

Durante o século XIV, são numerosas as referências a juristas, nacionais ou estrangeiros, na corte: Mestre Gonçalo das leis (1343), Mestre Gonçalo das decretais (1357), João Afonso "escolar em lex" (1387), Ruy Lourenço "licenciado em degredos" (1391), tais são alguns dos nomes que nos aparecem nos documentos régios como pertencentes ao conselho do rei ou aos seus tribunais. Alguns deles teriam vindo do estrangeiro, das novas universidades onde se ensinava o direito romano e o direito canónico, como aqueles clérigos letrados que D. Dinis obteve, no início do século XIV, do Papa; outros seriam já nacionais, formados nas universidades peninsulares (nomeadamente, Salamanca) ou no Estudo Geral lisboeta, a partir de 1288⁽⁹³²⁾.

A fundação e expansão das universidades constituiu, na verdade, um fenómeno com grande impacto na alteração radical das estruturas do aparelho jurídico-administrativo e, também, no sistema de produção e aplicação do direito⁽⁹³³⁾. No primeiro

⁽⁹³¹⁾ Por vezes, o rei recorria mesmo ao parecer de juristas estrangeiros. D. Dinis, v.g., consultou os juristas bolonheses a propósito duma questão que teve com o bispo de Lisboa (cf. L. PEREIRA DE CASTRO, *De manu regis*, art. 57 das conc. de D. João I, cit. por F. COELHO SÃO PAULO, *Prelecções...*, cit., II, 75; também D. João I recorreu aos juristas bolonheses a propósito de questões que teve com os Pessanhas (cf., *supra*, 308⁵⁹⁹).

⁽⁹³²⁾ Sobre a presença de letrados no conselho e tribunais régios v., por todos, H. DA GAMA BARROS, *História...*, III, 216 ss., donde se colheu a maior parte dos dados apresentados. Outros dados se podem colher, hoje, dos documentos publicados por ARTUR MOREIRA DE SÁ, no *Chartularium universitatis portugalensis*, cit..

⁽⁹³³⁾ Sobre a história das Universidades, além do clássico STEPHEN D'IRSA, *Histoire des universités françaises et étrangères*, Paris 1933-5, 2 vols., a bela síntese de HELMUT COING, *Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm*, em *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I, *Mittelalter*, München 1973, 39 ss.; para a península, AJO GONZALEZ DE RAPARIEGOS, *Historia de las universidades hispanicas*, Madrid 1957, 3 vols.; uma síntese bem feita, com vasta indicação

plano, elas vão formar e fornecer os meios humanos que possibilitam a constituição das estruturas burocráticas do Estado moderno. No segundo plano, o seu papel vai ser complexo. Elas vão, por um lado, promover a divulgação de um direito erudito (o direito justinianeu) entre os seus estudantes; direito que estes — uma vez guindados (sobretudo pelo prestígio do seu saber académico) aos conselhos, chancelarias e tribunais reais — vão difundir nas côrtes da Europa e transformar num direito praticado⁽⁹⁶³⁾.

bibliográfica, pode ser encontrada no v. “universidades”, em “Verbo. Enciclopédia de cultura”. Sobre o papel das universidades na formação e divulgação do direito comum, com especial aplicação à península ibérica, v., na impossibilidade de citar uma vastíssima bibliografia e por último, H. COING, *Die juristische Fakultät*..., cit., RICHARD L. KAGAN, *Students and society in early modern Spain*, Baltimore 1974. Sobre a influência da Universidade portuguesa na difusão do direito comum em Portugal, v., por último, NUNO E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, cit., 323-9 e G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., 190 ss., nomeadamente, notas 18 e 19, e bibliogr. aí citada. Note-se, no entanto que é ainda hoje difícil avaliar o peso numérico da categoria dos juristas na nossa idade média, bem como o seu destino profissional. A inexistência de documentos que nos permitam calcular, em geral, o número de diplomados e, em especial, o número de juristas formados pela universidade portuguesa nesta época e a falta de estudos, sobretudo estatísticos, acerca da presença de portugueses em universidades estrangeiras, nomeadamente Salamanca, estão na raiz daquela dificuldade. Enquanto os nossos conhecimentos não progredirem neste domínio, a compreensão de difusão, entre nós, do direito comum não poderá avançar substancialmente (cf., neste mesmo sentido, H. COING, *Die Juristische Fakultät*..., cit., 39 e 80 ss., onde se procura fazer um balanço do número de estudantes e da situação social e profissional dos juristas nas várias zonas da Europa medieval).

⁽⁹⁶³⁾ O impacto dos juristas no governo e administração dos Estados medievais deu-se, sobretudo, naqueles domínios da actividade estadual em que eles assumem, directamente, o controle — justiça, administração e, mais tarde, finanças; noutros domínios, eles exercem uma influência menos directa, como consultores — é o caso da diplomacia e da política. A distinção é feita por H. COING, *Die juristische Fakultät*..., cit., 88/9. Para uma análise, por países, das funções da classe dos juristas, com indicação dos métodos e fontes a utilizar num estudo destes (matrículas e registos universitários, organização e actividade dos tribunais, história local, legislação sobre as profissões jurídicas), autor e ob. cit., 85 ss. Outras obras importantes (embora monográficas) neste domínio, B. GUENÉE, *Tribunaux et gens de justice dans le bailliage de Senlis à la fin du moyen âge*, Paris 1963, XIV+587; F. AUTRAND, *Naissance d'un grand corps de l'État: les gens du parlement de Paris, 1345-1454*, Paris 1978; MARTINES, *Lawyers and statecraft in renaissance Florence*, Princeton 1968; FÉDOU, *Les*

Embora — como se disse na nota anterior — não tenhamos muitos dados sobre as condições e os resultados do funcionamento da nossa universidade até aos meados do século XVI (concretamente, até 1537), sabemos que nela se ensinou, desde a fundação, o direito romano e o direito canónico⁽⁹⁶⁴⁾ e que os objectivos deste ensino eram a formação de letrados que assegurassem “um melhor governo das coisas públicas”⁽⁹⁶⁵⁾. A importância social das matérias jurídicas, bem como a sua procura, fizeram com que as faculdades jurídicas fossem consideradas como as mais importantes da universidade⁽⁹⁶⁶⁾. A elas se dirigiria a maior parte dos estudantes da universidade; em todo o caso, parece que, pelo menos até meados do séc. XV, o número dos seus diplomados não satisfazia ainda as necessidades do aparelho judicial e administrativo⁽⁹⁶⁷⁾.

hommes de loi lyonnais à la fin du moyen âge, Paris 1964; RICHARD L. KAGAN, *Lawsuits and litigants in Castille 1500-1700*, Chapel Hill 1981 (fundamental); ANTÓNIO PEREZ-MARTÍN, *Proles aegidiana*, Bolonia 1974, 4 vols.; este investigador é o animador dum projecto da elaboração dum “Corpus iuristorum hispanorum”, em que se recolheriam todos os dados sobre juristas hispânicos. Para Portugal, ARMANDO DE JESUS MARQUES, *Portugal e a universidade de Salamanca. Participação de escolares lusos no governos lusos no governo do Estado. 1503-12*, Salamanca 1980.

⁽⁹⁶⁴⁾ “Quodque Scholares in artibus et iure Canonico ac Civili ac Medicina [...] possint [...] in studio licentiari praedicto” (Bula *De Statu regni Portugaliae*, de 9.2.1290, em *Chartularium universitatis portugalensis* (1288-1537), org. ARTUR MOREIRA DE SÁ, Lisboa 1966, vol. I, 14).

⁽⁹⁶⁵⁾ “... praeterea ad rem publicam mellius gubernandam in praedicto nostro studio esse volumus in peritorum professorem ut rectores et iudices regni concilio peritorum derimere valeant sutiles et arduas questiones” (Carta de D. Dinis de 15.2.1309, em *Chartularium*..., cit., I, 44). Este passo prova o carácter utilitário, e não puramente académico, dos estudos jurídicos na universidade portuguesa; e documenta, ainda, a utilização que já então era feita, na corte, do direito erudito e das suas “sutis e árduas questões”.

⁽⁹⁶⁶⁾ Esta conclusão é permitida, v.g., pela comparação dos ordenados dos lentes das diversas faculdades (em 1323, os lentes de leis e decreto ganhavam 600 e 500 libras respectivamente, ao passo que os das restantes faculdades não recebiam mais do que 200, TEÓFILO BRAGA, *História da Universidade de Coimbra*, Lisboa 1892, I, 112).

⁽⁹⁶⁷⁾ Em 1427, as cortes queixam-se que o rei nomeava estudantes que mal sabiam escrever para os lugares de corregedores; em carta ao rei seu irmão, o Infante D. Pedro confirma a falta de letrados, ao referir as dificuldades que o rei teria em substituir os incompetentes; mais tarde, sendo regente (1443), funda em Coimbra uma nova Universidade para suprir a insuficiência da de Lisboa, fundação que, todavia, não chegaria a concretizar-se em factos. Sobre isto, cf. TEÓFILO BRAGA, *História*..., cit., 143 ss.

A partir dum trabalho de investigação sobre as carreiras burocráticas, durante os reinados de D. Manuel e de D. João III, dos indivíduos referidos em documentos como tendo sido escolares de leis entre 1506 e 1527⁽⁹⁶⁸⁾ é possível extrair as seguintes conclusões:

a) Nestes vinte anos, há notícia de cerca de 60 escolares de leis;

b) Cerca de metade — correspondente, em boa parte, ao conjunto daqueles de que não há indicações de que tenham terminado o curso — ocupam cargos de menor relevo administrativo (embora, por vezes, muito rendosos), como os de tabelião, escrivão, procurador, em cidades ou vilas de média importância⁽⁹⁶⁹⁾;

c) A outra metade tem carreiras burocráticas de mais relevo, ocupando postos de destaque sobretudo no aparelho judiciário (juízes de fora, corregedores, desembargadores); destes (em número de 29), 14 principiam a sua carreira na província (como juízes de fora ou corregedores), 4 na universidade, e 11 nos tribunais centrais (na maior parte dos casos, logo como desembargadores); 12 mantêm-se até ao fim em cargos locais e 17 terminam a carreira como juízes dos tribunais centrais.

Finalizando estas breves referências às condições institucionais da prática jurídica da baixa idade média e ao relêvo que na sua caracterização ocupam os juristas com formação universitária em direito romano e canónico, poderemos concluir que, nos inícios da época moderna, as condições (nomeadamente, a carência de juristas) estavam longe de propiciar uma expansão generalizada no novo direito erudito, baseado na tradição jurídica romana e desenvolvido sobretudo nas universidades da Europa. Como escreve G. BRAGA DA CRUZ, “as compilações romano-canónicas... só eram acessíveis a um escasso número de

⁽⁹⁶⁸⁾ Trabalho efectuado, em 1980, no âmbito escolar, por Ana Isabel Cunha e Ana Maria Reis, a cuja deferência devo a utilização destes dados. Cf., ainda, ARMANDO DE JESUS MARQUES, *Portugal e a universidade de Salamanca...*, cit..

⁽⁹⁶⁹⁾ Noutros países da Europa, era deste mundo dos estudantes fracassados que se recrutava o grosso dos oficiais de justiça. Cf. J. COCKBURN, *Seventeenth-century clerks of assizes — some anonymous members of legal profession*, “Amer. Journ. of legal hist.” 13(1969) 315.

eruditos que tinham tido o privilégio de formar através delas o seu espírito jurídico nas universidades estrangeiras ou, a partir de D. Dinis, na Universidade portuguesa. A sua utilização directa pouco podia ultrapassar os limites do tribunal da Corte e de alguns tribunais canónicos, já providos por juízes com formação universitária; mas, ao longo do Reino, abundavam ainda os juízes concelhios de eleição popular, ávidos da novidade dos textos romano-canónicos, cuja fama começava a chegar-lhes, mas incapazes de navegar no *mare magnum* das suas disposições ou mesmo de compreender a língua latina em que se encontravam redigidos”⁽⁹⁷⁰⁾.

É esta uma circunstância que não pode deixar de ser tida em conta ao fazer a história da recepção do direito comum entre nós. Apesar da grande quantidade de referências ao conhecimento e divulgação deste direito no nosso país, a partir do século XIII, não podemos esquecer que, durante vários séculos, a recepção do novo direito europeu constituirá um facto, decerto *intenso*, mas de diminuta *extensão*, pois as características do aparelho judicial constituíam um poderoso limite institucional à generalização do direito culto a todos os níveis da prática jurídica⁽⁹⁷¹⁾.

14. A prática dogmática dos juristas na baixa idade média.

Até aqui, ao caracterizar os sistemas jurídicos e ao descrever a sua história, lidámos quase sempre com normas consuetudinárias ou legislativas. Estudar o direito era, sobretudo, estudar a organização costumeira das comunidades ou a actividade legislativa dos órgãos do poder central. A história do direito era, assim, fortemente atraída ou pela história dos comportamentos sociais ou pela história da actividade política.

A partir dos fins da idade média, a história do sistema jurídico vai sofrer um deslocamento. Vai lidar, por um lado, sobretudo com normas jurídicas criadas não espontaneamente pela comunidade, não autoritariamente pelo Estado, mas, progressivamente, pela actividade “científica” (ou, melhor,

⁽⁹⁷⁰⁾ G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 193.

⁽⁹⁷¹⁾ V., como complemento sobre esta questão, o que ficou dito acerca do mundo jurídico local no capítulo 5.5.

dogmática, doutrinal) dos juristas eruditos, nas universidades, nos conselhos palatinos, nos tribunais. O direito (no sentido de sistema de normas jurídicas) identifica-se, então, com a doutrina dos juristas e a sua história afasta-se da história sócio-política e aproxima-se da história cultural, nela ecoando os grandes temas da história filosófico-cultural e da história das formas de pensar e discorrer.

Isto não quer dizer que o direito perca aqueles contactos com a realidade social que no início do curso vimos serem essenciais para a sua compreensão. Por um lado, este sistema de normas criado pela tradição científica dos juristas nem sempre obteve uma fiel e automática aplicação prática, antes sofrendo mais ou menos significativas adaptações aquando do seu confronto com a realidade da vida. Por outro lado, os próprios juristas não construíam “no ar”: eles construíam tendo em conta as normas jurídicas positivas (consuetudinárias ou legislativas) e a partir da leitura que faziam da realidade social e da sensibilidade que tinham acerca da forma mais ajustada de regular as tensões sociais; ora estas leitura e sensibilidade, longe de radicarem apenas ou sobretudo em características ou capacidades puramente individuais⁽⁹⁷²⁾, decorriam antes de condições objectivas; nomeadamente, da forma como estava institucionalmente organizada a profissão jurídica e a actividade dos juristas, dos contactos com a realidade social e política que este arranjo unistitucional lhes facultava ou impedia, etc. E, já se vê, a organização institucional da prática jurídica anda estreitamente relacionada com características centrais da prática social global, como a matriz da divisão técnica e social do trabalho.

14.1. A formação do “direito comum” e da sua ciência.

A dogmática jurídica dos séculos XIII a XVII tem recebido designações muito variadas — “romanismo jurídico”, “bartolismo”, “escolástica jurídica”, “mos italicus”, etc.; mas a sua

⁽⁹⁷²⁾ Para a crítica da história psicologista e humanista — i.é., aquela que explica os eventos históricos, sobretudo no domínio da história da cultura e da ciência, com recurso às características dos sujeitos — V. M. FOUCAULT, *L'Archéologie du savoir*, Paris 1968.

designação mais correcta é a de “direito comum”⁽⁹⁷³⁾ por se revelar menos unilateral do que qualquer das anteriores e por nos dar, desde logo, esta ideia: a de que ela apresenta, como característica primeira, a *unidade* — quer enquanto (i) *unifica* (*harmoniza*) as várias fontes do direito (direito romano-justinianeu, direito canónico e direitos locais), quer enquanto — uma vez levada a cabo esta síntese — (ii) constitui um objecto *único* (ou comum) de toda a ciência jurídica europeia, quer ainda enquanto “trata” este objecto segundo os métodos de uma (iii) *comum* “ciência” do direito, forjada (iv) num ensino universitário do direito que era *comum* por toda a Europa, e (v) vulgarizada por uma literatura escrita numa língua também *comum* — o latim.

Para a formação desta comunidade jurídico-dogmática europeia contribuem duas séries de factores: uma, *ante-doutrinal*, é a *verificação duma certa tendência para a unidade dos vários ordenamentos jurídicos europeus*, causada imediatamente pela recepção do direito justinianeu e pelo renascimento do direito canónico, mas cujas raízes mais profundas estão no apetite de unidade e de segurança (em todos os sentidos) experimentado pela vida económica europeia de então; a outra, situada já *no plano da prática dogmática do direito*, é a *formação duma corpo de juristas eruditos embebidos de romanismo pelo ensino universitário europeu e treinados na utilização dos mesmos métodos inventivos* (i.é., de invenção [achamento da solução]

⁽⁹⁷³⁾ A designação de “romanismo jurídico” predispõe para o equívoco — comum após F. C. SAVIGNY (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 1850) — de se supor que o renascimento do direito nesta época se deveu, exclusivamente, à redescoberta do direito romano e que o direito desta época era, fundamentalmente, o velho direito romano-justinianeu. Deste equívoco decorrem outros equívocos e algumas falsas questões, como as evocadas por Marx acerca da “supervivência” do direito clássico romano durante as épocas medieval e moderna; na verdade, não se tratava de direito romano clássico, mas de autêntico direito medieval. Há hoje um largo consenso neste sentido. V., por todos, B. CLAVERO, *Temas de historia del derecho: derecho comum*, Sevilla 1977, 32 ss. As outras designações são, como veremos, unilaterais. Aqui se enxerta, também o “problema da continuidade” (*Kontinuitätsproblem*, i.é., o problema da aceitação por uma época histórica dos valores de uma outra época), tão do agrado da historiografia alemã dos anos 60. Sobre isto, v., com indicações bibliográficas, F. WIEACKER, *História...*, cit., 35 ss. e P. WEIMAR, *Legistische Literatur...*, cit., 132 ss.

jurídica — *Rechtsfindung*) e *expositivos* e a sua ascensão aos lugares onde se decidia o estilo legislativo, judicial e administrativo de então. É da dialéctica destas duas séries de factores — a unificação dos ordenamentos jurídicos suscitando e possibilitando uma ciência jurídica comum, esta última potenciando as tendências unificadoras latentes no plano jurídico-político — que surge o *ius commune* e a sua ciência⁽⁹⁷⁴⁾.

8.2. Factores de unificação dos direitos europeus.

Vejamos, pois, a primeira série de factores, i.e., as circunstâncias a partir das quais se foi gerando a unificação dos ordenamentos jurídicos europeus.

8.2.1. A recepção do direito romano como direito subsidiário nos vários estados e cidades medievais.

A partir do século XII, primeiro em Itália e, depois, um pouco por toda a parte, o direito justinianeu passa a estar integrado no sistema das fontes de direito da maior parte dos reinos europeus, embora apenas para os casos em que se verificasse não estar a matéria em causa regulamentada pelo direito local⁽⁹⁷⁵⁾.

(⁹⁷⁴) Note-se, desde já, que o *direito comum* é um fenómeno mais de natureza científico-doutrinal do que legislativa; efectivamente, a partir de certa altura (séc. XIV), cria-se uma espécie de *costume doutrinal* (*opinio communis doctorum*) que passa a ser decisivo mais do que as próprias fontes reconhecidas pelo direito nacional na orientação da jurisprudência. Entre nós, por exemplo, apesar de, como veremos, as Ordenações conferirem ao direito romano um lugar apenas subsidiário no quadro das fontes de direito, na prática ele era o direito principal, sendo mesmo aplicado contra o preceito expresso do direito nacional. Cf., por último, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit.; e isto porque o direito romano constituía a base da formação dos juristas e juizes de então e era o direito veiculado pela doutrina vigente e aceite nos tribunais; assim, forma-se um costume doutrinal e judicial *contra legem*, mas dotado de verdadeira *opinio juris*.

(⁹⁷⁵) As questões jurídicas deviam, portanto, ser resolvidas “secundum formam statuti, ubi sunt statuti, et statutis deficientibus, secundum leges romanae” (Estatutos de Novara, 1227) ou “... ubi statuta non essent, secundum

O direito romano recebido na Europa medieval era o contido no *Corpus iuris civilis*, monumental obra de compilação e actualização do direito romano clássico empreendida pelo imperador Justiniano I, do Império Romano do Oriente, entre 530 e 565. O *Corpus Iuris Civilis* está dividido em quatro partes: as *Institutiones*, de 533, obra de introdução didáctica ao direito romano, dividida em quatro livros; o *Digesto* ou *Pandectas*, de 533, colecção monumental (50 livros) de excertos de juristas clássicos, compatibilizados e actualizados por meio de correções (“interpolações”) introduzidas pelos compiladores justinianeus; o *Código*, de 534, compilação, em 12 livros, de constituições imperiais (*leges*), sobretudo dos imperadores anteriores a Justiniano; as *Novellae*, de 535 a 565, compostas com as constituições de Justiniano posteriores à organização do Código.

As escolas medievais agruparam as cinco partes justinianeas do *Corpus iuris* em quatro: o “Digesto Velho” (de D.1 a D.1.24.3.2), o “Digesto Esforçado” (*Infortiatum*) (de D.24.3.3 a D.38), o “Digesto Novo” (de D.39 a D.50), o “Código” (contendo os primeiros nove livros do Código justinianeu) e o “Volumen parvum” (contendo as *Institutiones*, os *tres libri*, ou seja, os restantes livros do Código justinianeu, parte das *Novelas* justinianeas, os *Libri feudorum*, direito feudal longobardo e algumas constituições do Sacro Império Romano Germânico) (sobre esta sistematização F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, cit., I, 527).

Mesmo na Alemanha, onde a recepção foi — a um tempo — mais tardia (séc. XV, XVI) e mais completa, o direito justinianeu não substituiu, em bloco, os direitos locais, tendo sido apenas introduzido a título de direito erudito, aplicável somente na falta de lei estadual ou nacional⁽⁹⁷⁶⁾.

iura et leges” (Estatutos de Modena, 1327); em 1231, Frederico II determina aproximadamente o mesmo para o reino da Sicília... secundum constitutiones nostras et in defectu secundum consuetudines approbatas ac demum secundum iura communia, Longobarda videlicet et Romana”; na Hispania, as *Siete Partidas* de Afonso X, obra doutrinal de forte influência romanista, adquirem, em 1348, a força de direito subsidiário em Castela, havendo notícia da sua aplicação em Portugal (v. PAULO MERÊA, *Resumo de História do Direito Português* [Coimbra 1925] 124); entre nós, uma lei de D. João I (1426) manda traduzir uma parte do Código Justinianeu, com a correspondente glosa de ACÚRSIO e comentário de BARTOLO (cf., *infra*, 000), embora a validade geral — se bem que subsidiária do direito justinianeu só venha a ser consagrada nas *Ordenações Afonsinas* (1447), consagração ratificada, mais tarde, nas *Ordenações Manuelinas* (1521) e *Filipinas* (1603).

(⁹⁷⁶) “Obras gerais sobre a recepção do direito justinianeu como direito subsidiário” dos estados europeus, F. WIEACKER, *História...*, cit., 129 ss.,

Esta recepção do direito romano (acompanhado, por vezes, da respectiva Glosa boloniense) nos ordenamentos dos estados europeus pode ser explicada a partir de várias circunstâncias.

Por um lado, a restauração do Império ocidental, no séc. IX, gera a ideia — assim expressa pelo bispo Agobardo de Lion — de que “*ut sub uno piissimo rege una lege omnes regerentur*”, ou seja, de que a unidade política e até religiosa do Império exigia a sua unidade jurídica⁽⁹⁷⁾ e não tardará muito que se identifique esse “*unum ius*” com o direito romano (i.é, com o direito daquela comunidade política de que o Sacro Império é sucessor), com o qual, de resto, nunca se tinha perdido contacto através das *leges romanae barbarorum* e que, agora, passa a ser mais conhecido, como base do ensino jurídico universitário⁽⁹⁸⁾.

Por outro lado, onde a autoridade do direito romano não pudesse provir da autoridade do imperador — por lhe não ser devida vassalagem⁽⁹⁹⁾ — aquele continuava a impor-se em virtude da sua perfeição e de constituir, em suma, o modelo implícito para que os direitos europeus, atávica embora só parcialmente romanizados, tendiam desde há muito; neste caso, o direito romano valerá não “*ratione imperii*”, mas “*imperio rationis*”.

Por fim, a recepção do direito romano estava de acordo com as formas da vida económica em desenvolvimento na Europa de então. Os séculos da recepção (XIII-XVI) são, de facto, os do desenvolvimento inicial da economia mercantil e monetária europeia, os dos alvares do proto-capitalismo; ora, a este novo tipo de relações económicas três coisas eram necessárias no plano jurídico — um direito *estável*, que garantisse a segurança jurídica e institucional necessária à *previsão* e ao *cálculo*

CALASSO, *Medio Evo del Diritto* (Milano 1954) 455 ss., KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, trad. esp. (Madrid 1955) 217 ss. e B. CLAVERO, *Derecho comum*, Sevilla 1979; e, dum modo geral, sobretudo para indicações bibliográficas cobrindo os vários aspectos, o monumental *Handbuch der Quellen und Literatur...*, cit., dirigido por H. COING, tomo I.

(97) CALASSO, *Medio Evo*, cit., 152.

(98) CALASSO, *Medio Evo*, cit., 370 ss.

(99) Em Portugal, por exemplo, os nossos reis sempre se consideraram isentos da jurisdição imperial. Cf. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Portugal e a “iurisdictio imperii”*, Lisboa 1966, ou N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 247 ss. e 280 ss.

mercantil-capitalista, um direito *único*, que possibilitasse o estabelecimento dum comércio inter-europeu, e um direito *individualista*, que fornecesse uma adequada base jurídica para a actividade do empresário, livre das limitações comunitaristas que os ordenamentos jurídicos medievais tinham herdado do direito germânico. O direito romano-justinianeu teria constituído, precisamente, um ordenamento jurídico dotado de todas estas características: a sua abstracção (i.é, o facto de as situações visadas pelas normas estarem nelas descritas através de fórmulas muito estilizadas e, portanto, gerais) opunha-se ao casuismo dos direitos da alta Idade Média e permitia uma maior segurança na previsão das consequências jurídicas da actividade comercial; depois, uma vez que era aceite como um direito subsidiário comum a todos os estados europeus, cujos ordenamentos jurídicos eram frequentemente omissos em relação às questões que interessavam aos comerciantes, o direito justinianeu podia constituir uma *língua franca*, usada desde as cidades da Hansa até às da faixa mediterrânica; por último, os grandes princípios do sistema jus-romanista, tal como ele vem a ser descrito nas *sumae* dos juristas da Baixa Idade Média, coincidiriam, em grande medida, com a visão contemporânea das relações mercantis — liberdade de actuação negocial garantida pelo princípio da autonomia da vontade⁽¹⁰⁰⁾, possibilidade de associações maleáveis e funcionais facultada pelas figuras da personalidade jurídica ou colectiva (*universitas*, *corpora*, etc.), extensão ilimitada do poder de lançar os bens e capitais no giro mercantil facultada por um direito de propriedade que tendia a desconhecer limitações sociais ou morais ao uso das coisas⁽¹⁰¹⁾.

Os pontos de vista aqui expressos sobre a recepção e as suas causas representam, na verdade, o património traslatício e algo simplificador da historiografia estabelecida. No entanto, a

(100) V. P. OURLIAC e J. DE MALAFOSSE, *Droit Romain et Ancien Droit, Les Obligations* (Paris 1957) 97 ss.

(101) Sobre a inadequação do direito fortemente cristianizado de antes da recepção ao pragmatismo e amoralismo da economia mercantil, v. M. VILLEY, *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit* (Paris 1962) 106 7. A título de exemplo, sobre o problema da usura, P. OURLIAC e J. DE MALAFOSSE, *ob.cit.*, 243 ss. e B. CLAVERO, *Derecho comum*, cit., 121 ss.; sobre o direito de propriedade, *ibid.*, *Les Biens* (Paris 1961) 172 ss. e P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova 1968.

questão está longe de se poder considerar encerrada, sobretudo depois das reflexões fundamentais da historiografia europeia (sobretudo alemã, destacando-se aqui os pontos de vista de F. Wieacker) dos últimos vinte anos⁽⁹⁸²⁾.

Muito sinteticamente expostas, são as seguintes as linhas de força do actual enfoque do problema das causas da recepção:

a) Não existe ainda uma suficiente investigação histórica para equacionar, de forma global, o problema das causas da recepção; na verdade, explicar a recepção pressupõe uma prévia descrição exaustiva deste fenómeno em todas as suas implicações jurídicas, sociais e culturais (nomeadamente, no plano das modificações que ela causou nos conteúdos da ordem jurídica, da influência que teve nos equilíbrios sociais de poder e do seu alastramento espacial). Assim, a tentativa de determinar as causas da recepção deve ser substituída por um esforço de descrição rigorosa e exaustiva do próprio fenómeno⁽⁹⁸³⁾.

b) A explicação da recepção não se deve preocupar tanto com os aspectos "internos" da construção jurídica (v.g., a "maior perfeição do direito romano") como com o "contexto" da recepção, nomeadamente os contextos cultural e político-social⁽⁹⁸⁴⁾.

c) No contexto cultural, a atenção tem sido atraída, sobretudo, pelo estudo das Faculdades jurídicas e pelas relações entre o método discursivo do direito comum e os modelos lógico-intelectuais de outras áreas do pensamento medieval⁽⁹⁸⁵⁾.

⁽⁹⁸²⁾ Sobre a literatura mais recente acerca do problema das causas da recepção, com uma sua apreciação crítica e um panorama do estado da questão, fundamental, F. WIEACKER, *História...*, cit., 129 ss. (literatura na n. 1).

⁽⁹⁸³⁾ É o ponto de vista de F. Wieacker (*História...*, cit., 151 ss.) que, de resto, põe em dúvida que o modelo "causa-efeito" seja adequado à apreensão intelectual de fenómenos deste tipo (mas isto tem um tanto a ver com as assunções teórico-filosóficas deste autor).

⁽⁹⁸⁴⁾ Cf., neste sentido, D. WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus*, Berlin 1979, 39.

⁽⁹⁸⁵⁾ Sobre o contexto universitário, fundamental, H. COING, *Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm*, em *Handbuch der Quellen...*, cit., tomo I, 39-128. Sobre o método das escolas jurídicas medievais, para além da bibliografia adiante citada, v., por todos, P. WEIMAR, *Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts in der Glossatorenzeit*, "Ius commune" 2(1969) 43-83; *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*, em *Handbuch der Quellen und Literatur...*, cit., tomo I, 129-260; G. OTTE, *Dialektik und*

d) No contexto sócio-político, duas questões ocupam o centro da problemática. Por um lado, a questão do significado sociológico das modificações operadas pela recepção no conteúdo da ordem jurídica⁽⁹⁸⁶⁾, sendo neste plano que surge a questão, abordada no texto, das relações entre a recepção e as modificações contemporâneas do sistema económico medieval⁽⁹⁸⁷⁾. Por outro lado, a questão do significado da recepção como factor de redistribuição do poder entre os grupos sociais, nomeadamente enquanto fenómeno gerador de uma categoria social nova — os juristas —, que irá expropriar parte do poder que antes competia às classes feudais⁽⁹⁸⁸⁾.

Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren, Frankfurt/Main 1971; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967; outras indicações em F. WIEACKER, *História...*, cit., e D. WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus*, cit., 40.

⁽⁹⁸⁶⁾ Contributos para uma análise sociológica da recepção: ERNST HIRSCH, *Die Rezeption fremden Rechts als sozialer Prozess*, em "Festgabe f. Friedrich Bulow zum 70. Geburtstag" (ed. O. STAMMLER e K. C. THALMEIN), Berlin 1960, 121-137; A. KATUTSA, "Was ist die Rezeption des römischen Rechts?", *Eine Übersicht ihrer dynamischen Problematik*, em "Hitotsubashi journal of law & politics" 4(1965) 31-44; M. SBRICOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969; B. CLAVERO, *Derecho comun*, Sevilla 1979; e, evidentemente, F. WIEACKER, *História...*, cit., 151 ss.

⁽⁹⁸⁷⁾ Uma linha historiográfica, inspirada em Marx e em Weber (e também, porventura, em Sombart), tem realçado as relações que poderão ter existido entre os dados normativos do direito romano recebido e as necessidades da estrutura económica baixo-medieval. O que se diz no texto é, de certo modo, tributário desta corrente. Mas o problema carece duma reflexão muito mais aprofundada, sobretudo se se tiverem em conta as dificuldades da tese, postas em evidência, v.g., por F. WIEACKER (*História...*, cit., 157 ss.). É que o direito romano (e sobretudo o direito justiniano, que foi o recebido) dificilmente se poderá considerar mais adequado ao giro comercial do que muitos dos direitos locais europeus. Creio que a correcta equação do problema passa por uma consideração muito mais alargada (e menos economicista) dos fenómenos, capaz de integrar aspectos do nível político e cultural (embora estes se expliquem, em última análise, pela dinâmica da estrutura social e económica global). Para a discussão do impacto da recepção no domínio da vida económica v., além de F. Wieacker, MICHAEL E. TIGAR, *Law and the rise of capitalism*, New York 1941; W. TRUSEN, *Spätmittelalterliche Jurisprudenz und Wirtschaftsethik*, Wiesbaden 1961 (cf., ainda, O. CAPPANI, *L'etica economica medievale*, Bolonia 1974).

⁽⁹⁸⁸⁾ Para uma análise sociológica do corpo dos juristas, além da obra, riquíssima em sugestões, de M. SBRICOLI, *L'interpretazione dello statuto...*, cit.,

14.2.2. A influência do direito romano na própria legislação local.

Mas, mesmo nos domínios regulados pelo direito local, a uniformização estava em marcha, provocada por uma influência crescente dos princípios romanistas sobre o próprio legislador. Inicialmente, tal influência processava-se através das colectâneas legislativas da Alta Idade Média, v.g., do *Breviario de Alarico*; mais tarde, ela vai ter como agentes os letrados presentes nas chancelarias reais. Assim, aparecem-nos fontes de direito local fortemente imbuídas de princípios romanistas desde o séc. XIII. Sirvam de exemplo, o *Liber Augustalis* (1231) de Frederico II von Hohenstaufen, a legislação inglesa de Eduardo I (meados do séc. XIII), a lei dinamarquesa de 1241 e, na Península, o *Fuero Real* (c. 1252) e as *Siete Partidas* (c. 1300).

14.2.3. A função do direito canónico renascido, ao constituir um limite à validade dos direitos temporais.

A teoria canónica das fontes de direito proclamava a subordinação dos direitos humanos (secular e eclesiástico) ao direito divino, revelado pelas Escrituras ou pela Tradição⁽⁹⁸⁹⁾;

J. FRIED, *Die Entstehung des Juristenstandes im 12. Jahrhundert. Zur sozialen Stellung und politischen Bedeutung gelehrter Juristen in Bologna und Modena*, Köln 1974 e, em síntese e com muitas indicações bibliográficas, F. WIEACKER, *História...*, 149 s.; v. ainda a bibliografia citada na anterior nota 363.

⁽⁹⁸⁹⁾ As mais importantes fontes do direito canónico medieval são: o *Decreto de Graciano* (1139-45), as *Decretais de Gregório IX* (1234), o *Sexto* de Bonifácio VIII (1298), as *Clementinas* de Clemente V (1313), as *Extravagantes de João XXII* e as *Extravagantes comuns*. À parte estas colectâneas existia dispersa uma imensidade de outras normas constantes de cânones, bulas e breves. A recepção destas normas dispersas ("cartas de Roma") estava, entre nós, condicionada a aprovação real, pelo menos desde 1361 ("beneplácito régio"). Sobre o direito eclesiástico português, v., por todos, J. P. PITTA e J. J. DA SILVA CARNEIRO, *Elementos de direito eclesiástico português*, Coimbra 1896. Recolhas de fontes: J. DOS SANTOS ABRANCHES, *Bullae et breviae pro Lusitaniae. Collectae ex regio archiepo regni Lusitaniae*, Ulissipone 1856 e E. BRAZÃO, *Colecção de concordatas estabelecidas entre Portugal e a Santa Sé de 1238 a 1940*, Lisboa s.d.. Sobre o assunto N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 235 ss. e 297 ss.. Sobre o papel do direito canónico no ordenamento jurídico medieval, F. WIEACKER, *História...*, cit., 67 ss.

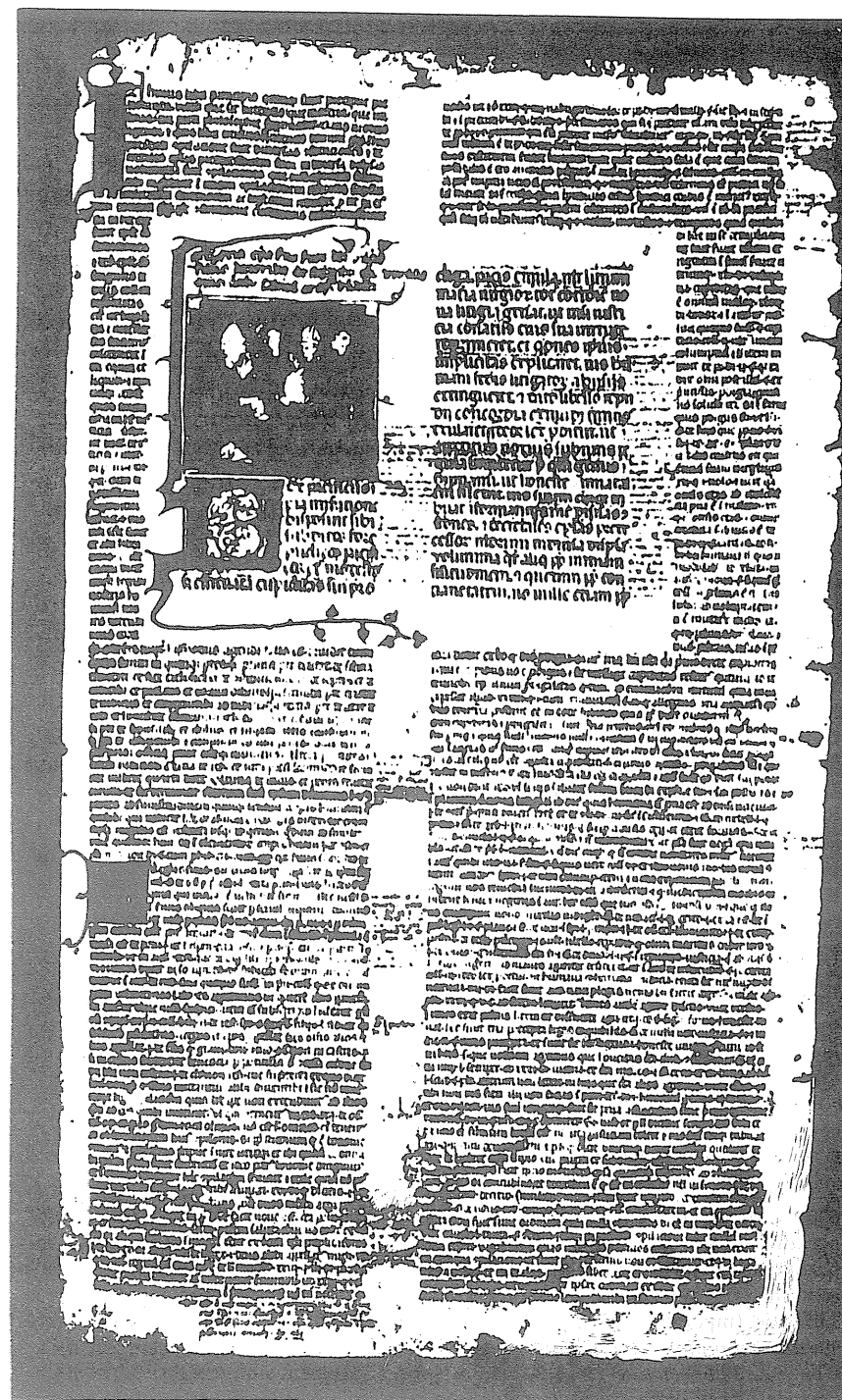


Fig. 7 — Página dum manuscrito das Decretais de Gregório IX, glosadas por Guido de Baisio, existente no A.N.T.T. Ao centro, o texto das Decretais, rodeado pela glosa do mestre italiano; e entre as linhas destas e à margem

estes direitos eram considerados como dois modos complementares de realizar uma ordem querida por Deus. Todavia, este precário equilíbrio entre os dois direitos terrenos rompeu-se com as grandes lutas que opuseram o Imperador ao Papa; e, na teoria canônica das fontes de direito, esta ruptura não podia deixar de ser no sentido de estabelecer a supremacia do direito canônico que, pela sua própria origem e destino, estaria mais próximo do direito divino. Esta conclusão foi tirada pelos partidários da Igreja, ainda no séc. XI (“... *saeculi leges praeiudicare non possint canonum auctoritate*”, escreve o curialista DEUSDEDI); mais tarde, porém, canonistas e civilistas procedem a uma elaboração mais cuidada desta fórmula e, embora afirmando a independência dos ordenamentos civil e canônico (“*nec papae in temporalibus, nec imperator in spiritualibus se debeant immiscere*”, afirma ACÚRSIO), reconhecem que, nos casos em que entre eles surgisse um conflito grave, a última palavra pertencia ao ordenamento da Igreja⁽¹⁰⁰⁾.

Tudo isto — e ainda a ideia muitas vezes afirmada de que entre o direito dos reis e o direito da Igreja deve existir uma “*specialis coniunctio*” (pois, aos olhos dos teólogos e dos juristas cristãos da Idade Média o Império e a Igreja “*dicuntur fraternisare*” (BÁRTOLO)) eram forças muito poderosas no sentido da uniformização dos direitos locais, à sombra dum modelo único que, sob este aspecto ultimamente focado, era mais o direito canônico do que o romano (ou, dado que o direito romano fornecia a ossatura do canônico, continuava a ser o direito romano através do modelo do canônico).

A influência do direito canônico sobre o direito civil não deixou de ter importantes consequências no plano do conteúdo normativo. As principais foram:

a) a utilização de princípios éticos na dogmática do direito laico (*aequitas, bona fides, conscientia, honestas e misericordia*), o

(100) Nestes casos de conflito grave vigorava o célebre “critério do pecado”, formulado por BÁRTOLO “aut loquimur in spiritualibus et pertinentibus ad fidem et stamus canonici...; aut loquimur in temporalibus, et tunc in terris subiectis Ecclesiae, et sine dubio stamus decretalibus; aut in terra subiectis Imperio, et tunc, aut servare legem est inducere peccatum... et tunc stamus canonibus...; aut non inducit peccatum... et tunc stamus legi...” (*Super Cod.*, I, 2 de *sacr. eccles.*, I *priv.*). Sobre isto, bem como sobre a restante matéria desta alínea, CALASSO, *Medio Evo...*, cit., 177-9 e 487-90; F. WIEACKER, *História...*, 67 ss.

que permitia uma valoração mais maleável e subjectiva das condutas);

b) a aceitação de formas negociais puramente consensuais, o que permitiu ultrapassar o formalismo do direito anterior, nomeadamente no capítulo da prova judiciária;

c) uma análise e valoração mais fina de elementos psicológicos, nomeadamente na teoria do negócio jurídico (*dolo, erro*, etc.);

d) a tendência para emancipação das pessoas sob tutela, nomeadamente da mulher casada⁽¹⁰¹⁾.

É sobre este ordenamento já largamente uniformizado que vai incidir a *actividade duma ciência jurídica internacional*, obedecendo aos mesmos cânones metodológicos, e potenciando, portanto, a tendência para a unificação.

14.3. A dogmática jurídica medieval.

14.3.1. Factores de gestação.

A origem do direito, a natureza do justo, sempre têm constituído, em todas as épocas e em todas as sociedades, questões em aberto; para lhes dar resposta se têm elaborado, no plano ideológico, mitos e doutrinas filosóficas de muitos matizes; fundamentalmente, as posições têm oscilado entre o *voluntarismo* (i.é, a opinião de que o direito é o produto de uma vontade — a vontade divina, a vontade do legislador ou do príncipe, a vontade geral — cujo conteúdo é, em princípio, arbitrário) e o *racionalismo* (i.é, a ideia de que o direito constitui uma ordem pré-estabelecida — inscrita na natureza humana ou na natureza das coisas — à qual se pode aceder mediante um uso adequado da razão).

Ora bem; os efeitos de uma ou de outra atitude nos domínios da ciência do direito têm um carácter contraditório.

Por um lado, nas épocas em que predominam concepções do primeiro tipo, parece haver uma pequena margem para se exercitar uma actividade científica sobre o direito, pois esta consiste numa *via ratiocinante* de acesso ao “justo” (à solução justa o ou jurídica dos problemas), via esta que o voluntarismo começa por negar; toda a *ars inveniendi* (i.e, a técnica de encontrar a solução jurídica) se reduzirá, portanto, a um perscrutar mais ou menos subserviente

(101) Cf., sobre isto, F. WIEACKER, *História...*, cit., 73 ss.

das fontes de direito, sem qualquer intuito de criação jurídica autónoma. A atitude do voluntarismo não é, de modo algum, *pensar* o direito mas, em vez disso, *obedecer* ao direito.

Já nas épocas em que domina uma concepção *racionalista* do direito, se propõe uma técnica mais ou menos rigorosa de encontrar racionalmente o justo. Como se acredita, agora, que o direito pode ser encontrado através dum uso adequado da razão, toda a preocupação dos juristas é fixar o caminho, o *curso*, que a razão terá que percorrer (*discurso*) para encontrar a solução jurídica. E vai surgir, assim, uma intensa actividade metodológica tendente a descobrir as correctas regras do pensamento jurídico.

Mas, por outro lado, a questão tem outra face, documentada pela história. Esta demonstra, efectivamente, que as grandes épocas da dogmática jurídica (i.e. aquelas de que datam a maior parte dos instrumentos lógicos, dialécticos e conceituais ainda hoje usados) são aquelas em que domina uma concepção voluntarista e positivista do direito, aquelas em que as normas jurídicas *postas* eram dotadas de um prestígio excepcional que impedia, inclusivamente, a sua derrogação. O que se compreende: é que nem sempre a solução normativa estabelecida autoritariamente corresponde às necessidades normativas vigentes no momento da sua aplicação. Nestes casos de inadequação, dada a impossibilidade de afastar, sem mais, a norma indesejada, nada resta à doutrina senão modificar-lhe o conteúdo através duma “*interpretação*” árdua e subtil, levada a cabo mediante a utilização de complexos instrumentos lógico-conceituais adequados a “forçar” a letra dos textos. Ora são estes meios lógicos, dialécticos, conceituais, dogmáticos que constituem o estofo da ciência do direito ou da dogmática jurídica: esta não existe senão porque dispõe de específicas categorias lógicas, de modelos de raciocínio próprios, de peculiares apoios da argumentação; esta não existe senão por obedecer a uma específica estrutura discursiva, exigida pelas dificuldades desta “interpretação inovadora”.

Concluindo, diremos, portanto, que o nascimento da dogmática jurídica se liga, tanto como a uma *crença teórica no poder da razão*, a uma *necessidade prática de usar a razão*. É isto mesmo que podemos verificar na formação da ciência jurídica medieval: se, por um lado, a podemos ligar à “libertação da razão” consequente à revolução escolástica⁽⁹²⁾, não parece menos correcto relacioná-la com a atitude respeitosa dos juristas perante os textos justinianeus.

⁽⁹²⁾ É o ponto de vista de M. VILLEY, *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit* (Paris 1961-4), que contrapõe à influência das concepções teológico-filosóficas de SANTO AGOSTINHO — o direito como resultado da vontade divina, devendo ser aceite, mas não discutido — a influência da escolástica de S. TOMÁS DE AQUINO — o direito como reflexo duma ordem natural das coisas, averiguável pela razão.

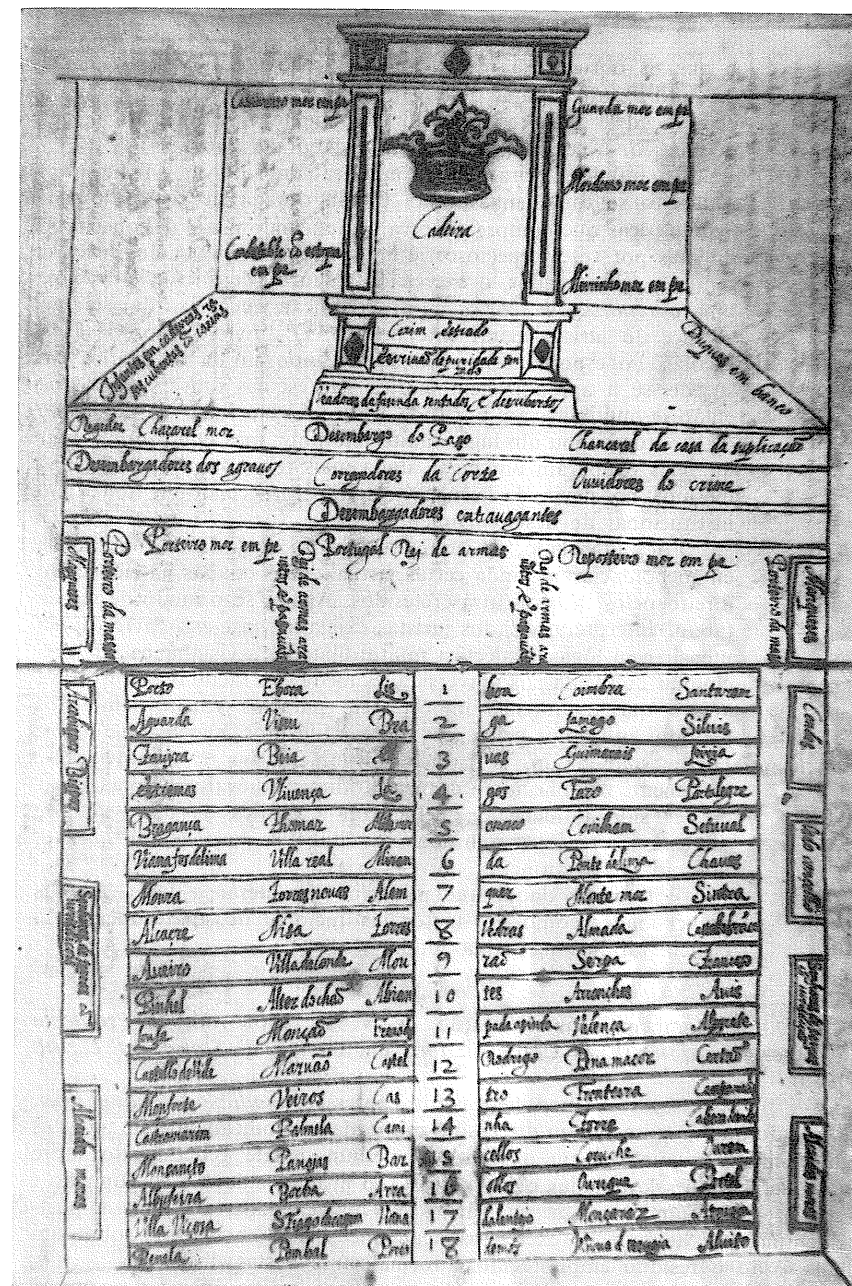


Fig. 8 — Disposição dos vários “braços” e procuradores em Cortes, segundo um manuscrito do séc. XVII (Ms. Bibl. Univ. Coimbra, n.º 590).

o que os obrigava à realização duma actividade profundamente inovadora sob a capa de uma *interpretatio iuris*⁽⁹⁹¹⁾ e, assim, à elaboração e utilização de um imponente instrumental lógico-dogmático, necessário para levar a cabo tal tarefa.

No entanto, agora que — como acabamos de ver — falar sobre o direito se torna uma tarefa difícil, dotada de regras lógico-dialécticas que cumpre observar, implicando o uso de conceitos e dogmas por vezes especiosos, é impossível a qualquer um encetar, sem mais nem menos, o exercício da função de jurista; esta exige uma *aprendizagem teórica* muito complexa que deixa de estar ao alcance do jurista meramente prático. O direito vai precisar da escolas; ao espontaneísmo ou à *prudencia* aurida da prática vai suceder-se a aprendizagem teórica nas escolas universitárias que então se multiplicavam por toda a Europa. Em todas elas, o ensino do direito ocupou um lugar muito relevante; mas temos que convir que elas ocuparam um lugar ainda mais relevante (imprescindível mesmo) no devir da ciência jurídica, fornecendo-lhe um meio institucional de desenvolvimento.

Por outro lado, as características do ensino universitário de então potenciaram ainda certas virtualidades criadas na ciência do direito pelos factores atrás referidos. Assim, se o modo de ser da tarefa “interpretativa” dos juristas exigia a “*mise en oeuvre*” duma utensilagem lógico-dialéctica muito dilatada, a visinhança interdisciplinar cultivada nas universidades medievais facilitava, convidava até, a que os juristas importassem para os seus domínios os métodos utilizados pelos seus colegas filósofos, lógicos e teólogos. Do mesmo modo, o carácter argumentativo e tópico que é justamente reconhecido à ciência jurídica medieval não pode deixar de ter sido influenciado pela própria prática da discussão, de discussão livre e generalizada — quodlibética ou *de quod libet* —, no seio das instituições universitárias⁽⁹⁹²⁾.

É a partir daqui que podemos considerar a fundação das universidades como um factor institucional do aparecimento da ciência jurídica na baixa Idade Média⁽⁹⁹³⁾.

⁽⁹⁹¹⁾ É também a interpretação de V. P. MORTARI, *Il Problema dell'Interpretatio iuris nei Commentatori*, em *Annali di Storia del Diritto* (1958).

⁽⁹⁹²⁾ As discussões quodlibéticas (da expressão *quodlibet* = *de quod libet*, acerca do que se quiser) eram discussões praticadas periodicamente em todas as universidades medievais, em que, depois de um debate generalizado sobre quaisquer questões levantadas pelo auditório, o professor dava a sua opinião e rebatia os argumentos em contrário. Na universidade portuguesa post-tridentina, os “telónios” — exercícios académicos de debate oral sobre um tema — são o resíduo empobrecido e formalizante destas discussões.

⁽⁹⁹³⁾ Sobre as universidades medievais e o ensino do direito, v., como já foi referido, o cit. estudo de H. COING, *Die juristische Fakultät*..., cit., em *Handbuch der Quellen*..., cit., e F. WIEACKER, *História*..., cit., 52 ss.

Sintetizando:

Podemos dizer que convergem na produção de um ambiente favorável à constituição da ciência jurídica medieval factores de carácter filosófico-ideológico (a crença no poder e legitimidade dos processos racionais), factores ligados à própria natureza e objecto do trabalho dogmático dos juristas (a necessidade de “interpretar” os textos romano-justinianeus em consonância com as necessidades normativas da época) e, finalmente, factores de ordem institucional (o aparecimento das universidades e a consequente gestação de novas condições de criação social da cultura).

8.3.2. A escola dos “glosadores”⁽⁹⁹⁴⁾

Na primeira metade do séc. XII, o monge Irnerius começou, em Bolonha, a ensinar o direito justinianeus, dando origem à “escola dos glosadores”, posteriormente continuada por discípulos seus, cuja actividade se mantém até aos primeiros decénios do século XIII, primeiro em Itália (*citramontani*), depois em França (*ultramontani*), onde o estudo do direito romano se combina com o cultivo da escolástica francesa e tende, portanto, para a elaboração de sínteses sistemáticas; nesta altura (1230-1240), Acúrsio (c. 1180-c. 1260) ordena todo o trabalho científico dos juristas bolonheses na célebre *Magna Glosa*, *Glosa Ordinária* ou, simplesmente, *Glosa*.

As características mais salientes e originárias do método bolonhês são a *fidelidade ao texto justinianeus* e o carácter

⁽⁹⁹⁴⁾ Sobre os “glosadores” v., por todos, F. CALASSO, *Medioevo del diritto*..., cit., 503 ss.; F. WIEACKER, *História*..., 38 ss. cit., 45 ss. e, ultimamente, P. WEIMAR, *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*, em *Handbuch der Quellen*..., cit., I, 129 ss.; síntese, B. CLAVERO, *Temas*..., cit., 34 ss.; entre nós, por todos, N. E. GOMES DA SILVA, *História*..., cit., 271 ss. Para o pensamento jurídico e político dos glosadores, B. BRUGI, *Le dottrine politiche dei glossatori*, em B. BRUGI, “Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane”, Torino 1915, 41-9; F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano 1957; A. CHECCHINI, *Impero, papato e comunità particolari nelle dottrine dei glossatori*, em “Atti del convegno di studi accursiani”, tomo I, Milano 1968, 115-30; R.-W. e A. CARLYLE, *A history of medieval political theory in the west*, Edinburgh 1960².

Sequitur sibi inuitatib⁹ p vno necessario e vtili sibi. et glau⁹ dicitur
bi vñ supliu⁹ et accepit quos necessarios sic e non secun⁹ pnuia
nōm de inuitatib⁹ nō legatib⁹ vñ est tñ multu⁹ et remotio hoc sile
t facit. de cōtrab⁹ emp. l. 1. § 1. et in l. de cōtrab⁹ emp. §. pccum
a. Cōlū. ipse eni pignorat cōsulatib⁹ sibi assunibat. vt qdam cō
traneu. vt in aut⁹
de cōsulatib⁹ §. fi.
coll. iiii.

b. In nōm
bri. lxx i
cōsulatib⁹
digel. fuit dictu⁹. nō
qñ lego facit sue
rūt q pagam crāt
vt. C. de ve. i. enu.
l. si sic et alias facit
l. si in pmo in pñ.
e. Derpetu. l. ge
neraliu.

d. Augu. qñ sem
per hū⁹ ppoli o3
et vt augat impū
ly nō semp augat
sic e nūmūm idē
uldu cōsuetio dicit
tur. tñ dicitur quā
dog. vt. C. de repu
dij. l. cōsensu. §. p
pōitū cōsideratur
vt in l. de pa. po. in
pñ. ac.

e. Enucleatū qñ
tudinem vocat ius
enucleatū. qñ nobis
est traditū in libris
pāctatū. fuit. n. a
nōtū puenat ad
nucleū interzē nu
et vñ an nūmūm
et aliud dūm et aliud
amari. et quarto ad
nucleū dūc pueni
tur. ita et in multa
dine atq. p. libro
rū amaritudo inueniunt. l. discorde infinite. §. de duricie. l. ique
sue et alie nō sic liquet. i quibū dā tñ loco quē dā lūebat dūle dūo
l. equissime sententia. velut l. lita iter spūa. et illa cōsulatib⁹ au
stinam⁹ et aliq. ex cēpt. et nobis traditū legē dā. vñdē ipse dicit
tradere ius enucleatū fñi. §. o.

f. Collectū. b. qñ bñt in pñ. pōt colligi quia fuerit auctor sine
cōpilotat. qñ iustianum filius iustini. vt. l. i. de pñ. §. est. et aliud.
§. ite que materia. lola veta iura antiquū pōt dūm que mē
pōt vt colligat ius enucleatū in vñū volumē. C. iustitia. l. p. et
et qñ mōm pecunia poterit nūc emi liber ille. et qñ cūm ad pē
quā olim cui partū philosophie supponat. et quidē cēpce. qñ dū mō
ribus tractat hoc volumē. fuit alia vñū volumina.

De iustitia et iure. Rubrica.

g. In l. i. de iustitia
h. In l. i. de iustitia

i. In l. i. de iustitia

j. In l. i. de iustitia

k. In l. i. de iustitia

l. In l. i. de iustitia

m. In l. i. de iustitia

n. In l. i. de iustitia

o. In l. i. de iustitia

p. In l. i. de iustitia

q. In l. i. de iustitia

r. In l. i. de iustitia

1. Quia istud culus si referat ad ius hoc dictio merito in vñ nōlō ponit
merito eni ius appellatur sacrum. et si ad artē in vñ aduerbū fñi. a3o.
m. Sacerdotes qñ vt sacerdotē sacra ministrant et cōsuetū ita et nōa cū
lego ius facit iustitia. vt. C. de leg. 1. cōl. l. leges. et vt ius suū cuiq3 tribuit
sacerdos in danda pñia. sic et nos in iudicando. vt. l. i. c. iustitia. ac.

n. Colimus. Leius volūtatē
scruiamus. que est vt ius suū
cuiq3 tribuat. vt. l. i. c. iustitia
§. i.

o. Profitemur. i. docemus
p. Equū. ab iniquo vt in cō
tractibus. fñi. §. o.

q. Illicito. vt. i. in infontijs
vt. i. de riu nup. semper.

r. Adhuc penarū. metū fē
quo bonus vt in trāfactōe
iurata. vt. C. de trāfactōibus
l. si quis maior. §. ite vbiq3 pe
na vñus est metus multonū
vt. C. ad l. iust. f. pñio fuit
bonua. vt. C. p. quibā. ac. fuit
pñio pñio liber. acc. per to.
lumi de sta. et i. ma. l. vt virtū
tum. et de famofo libello. l. i.
et i. ad l. iust. antepenult. §. fi.
et in autē de non ali. §. fi. coll. i
vnde verus. Adhuc pecca
re boni virtutis amor. Adhuc
runt peccare mali formidine
pene.

s. In l. i. de iustitia. nullo nō falli
mur. nā ciuī sapia vera phy
losofia dicit. amor sapien
tie. a philo qñ est amor. et fo
phia. i. sapia. vt. l. de var. et c.
or. cog. l. i. §. pñio. licet pecu
nia nō abiciat. vt. l. i. §. var.
nu. l. in bono. §. pñio. et fa
cit. C. de dicit. l. i. l. o. l. i. C.
plus valere qñ agit p totum
t. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

u. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

v. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

w. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

x. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

y. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

z. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

aa. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

ab. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

ac. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

ad. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

ae. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

af. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

ag. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

ah. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

ai. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

aj. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

ak. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

al. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

am. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

an. In l. i. de iustitia. ius iudicū
dē dūc sūt pñio. pñt dūle
tici pñit. pñm nō pñt legi
fic. qua pñia pñt et genus

analítico e, em geral, não sistemático da literatura jurídico-científica.

Quanto ao primeiro aspecto, é de realçar a ideia, comum entre os Glosadores, de que os textos justinianeus tinham uma origem quase sagrada⁽⁹⁶⁾, pelo que seria uma ousadia inadmissível ir além duma actividade puramente interpretativa desses textos; a ciência jurídica devia consistir, portanto, numa *interpretatio* cuidadosa e humilde, destinada a esclarecer o sentido das palavras (*verba tenere*) e, para além disso, a captar o sentido que estas encerravam (*sensum eligere*).

Por outro lado — e entramos agora no segundo aspecto — uma actividade jurídico-científica deste tipo não podia desenvolver-se senão em moldes predominantemente *analíticos*; isto é, o trabalho dos juristas consistia numa análise independente de cada texto jurídico, realizada — ao correr da sua “leitura” — quer sobre a forma de glosas interlinhadas ou marginadas, quer sob a de um comentário mais completo (*apparatus*) — sem que (pelo menos, de princípio) houvesse a preocupação de referir entre si vários textos analisados.

A “glosa” — explicação breve de um passo do *Corpus Iuris* obscuro ou que suscitasse dificuldades — era, portanto, o objectivo do trabalho desta escola; no entanto, o trabalho da escola encerra uma gama muito variada de tipos literários: desde a simples glosa exegética ou que indicava os lugares paralelos até ao curto tratado sintetizando um título ou um instituto (*summa*), passando pela formulação de regras doutrinárias (*brocarda, regulae*), pela discussão de questões jurídicas controversas (*dissensiones doctorum, quaestiones vexatae* ou *disputae*), pelo arrolamento dos argumentos utilizáveis nas discussões jurídicas (*argumenta*), pela análise de casos práticos (*casus*)⁽⁹⁷⁾. Em alguns destes tipos literários as preocupações de síntese e de sistematização são já sensíveis.

O impacto prático da escola dos glosadores não é — como refere F. WEACKER⁽⁹⁸⁾ — fácil de explicar. Na verdade, as

(96) Os glosadores pensavam que Justiniano (séc. vi d.C.) fora contemporâneo de Cristo (“Iustinianus regnabat tempore nativitatis Christi”, *Glosa* de Acursio).

(97) Sobre todos estes tipos literários, cf. P. WEIMAR, *Die Legistische Literatur der Glossatorenzeit*, cit., 140 ss.

(98) Nas impressivas páginas que dedica a este tema na sua *História...*, cit., *maxime*, 66.

intenções do seu trabalho não eram, predominantemente, práticas; o seu objectivo era, na verdade, mais um objectivo teórico-dogmático — o de demonstrar a racionalidade (não a “justeza” ou “utilidade prática”) de textos jurídicos veneráveis — do que um objectivo pragmático, como o de os tornar utilizáveis na vida quotidiana do seu tempo. Isto explica o distanciamento dos glosadores em relação à vida jurídico-legislativa do seu tempo — sobre a qual apenas pairavam, exclusivamente dedicados, como estavam, à exegese dos textos romanos. Se acabavam, portanto, por influir fortemente na vida jurídica e política do seu tempo, isto deve-se não ao seu empenhamento prático mas à eficácia da autoridade espiritual do saber que cultivavam.

Os dois juristas mais famosos desta escola são, sem dúvida, o seu fundador — Irnério — e ACÚRSIO, o compilador final de toda a sua produção teórica — na *Magna Glosa* ou *Glosa de Acúrsio*. Outros, no entanto, tiveram vasta influência, nomeadamente entre nós: refiram-se, sobretudo, os directos discípulos de Irnério (Martinho, Búlgaro, Jacobus, Hugo), o “civilista” Azo (autor duma popularíssima *Summa codicis*) e o “canonista” Henrique de Susa, mais conhecido como o “cardeal Hostiense”. Dentre os espanhóis, citem-se os “decretistas” (comentadores do *Decretum*) João e Lourenço Hispano e os “decretalistas” (comentadores das *Decretais*) Vicente Hispano e Raimundo de Penyafort⁽⁹⁹⁹⁾.

14.3.3. A escola “dos comentadores”.

O surto urbanista e mercantil dos sécs. XIII e XIV começa por se traduzir, no plano jurídico, por uma valorização dos direitos locais (especialmente dos “estatutos” das cidades italianas) frente ao direito geral (justinianeus) cultivado pelos letrados e dominante, por seu intermédio, nas chancelarias reais. Se os

⁽⁹⁹⁹⁾ Cf. PETER WEIMAR, *Legistische Literatur...*, cit., 155 ss.; N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 272; em Portugal, foi grande a influência de Acúrsio, de Azo e do Hostiense, a avaliar pelas cópias aqui existentes das suas obras. Cf. ISAÍAS DA ROSA PEREIRA, *Livros de direito em Portugal na idade média*, em “Lusitania Sacra”, 7(1964/6). Sobre a influência de Acúrsio, M. J. ALMEIDA COSTA, *La présence d'Accurse dans l'histoire du droit portugais*, em “Bol. Fac. de Dir. de Coimbra”, 41(1966).

juristas universitários estavam dispostos a aceitar piamente o antigo direito justinianeus (“olim... ergo hodie”), já os estatutos das cidades afirmavam, enfaticamente, o devir da vida e do direito [*“ut secundum temporum diversitatem, idem ius eademque iustitia varie disponat”* (Gaeta), *“nihil est sub sole stabile”* (Teramo)]⁽¹⁰⁰⁰⁾.

Com a progressiva extensão deste novo tipo de vida económica e social a regiões cada vez mais vastas e com o estabelecimento de laços comerciais inter-citadinos e inter-estaduais, tornou-se necessário que estes princípios de direito novo introduzidos pelos *iura propria* das cidades italianas fossem integradas no *ius commune* (romano-justinianeus) e que este, de um amontoado de normas (agora) de proveniência diversa (romano-justinianeas, romano-vulgares, canónicas e estatutárias), se transformasse num corpo orgânico dominado por grandes princípios sistematizadores, sobre o qual se pudesse estabelecer a segurança jurídica indispensável ao desenvolvimento das relações comerciais⁽¹⁰⁰¹⁾. Está, portanto, em pleno desenvolvimento um processo de fusão entre o *ius commune* e o *ius proprium*; o ideal de concórdia legislativa é perseguido pelos juristas não só nos limites do direito romano-justinianeus (objectivo que — como vimos — não era de todo estranho aos glosadores), mas relativamente a todo o ordenamento jurídico positivo. A contínua referência, a partir do séc. XIV, ao direito antigo e ao novo e, sobretudo, ao problema das suas relações mútuas, reflecte plenamente o processo histórico da fusão do *ius commune* com o *ius proprium* no grande sistema do direito comum.

Esta foi a tarefa de uma nova geração de juristas eruditos — que a historiografia tem designado por *post-glosadores*, *práticos*, *consiliadores* ou *comentadores*⁽¹⁰⁰²⁾; juristas a

⁽¹⁰⁰⁰⁾ Lê-se ainda no prefácio dos estatutos de Gaeta: “Se as próprias leis são contingentes, em virtude de se modificar o modo de ser das épocas (*temporum qualitate*), porque admirar-se se os estatutos de vez em quando requererem modificação de algumas disposições particulares?” V. CALASSO, *Medioevo...*, cit., 492.

⁽¹⁰⁰¹⁾ Sobre isto v. VILLEY, *La formation...*, cit., 540; F. WIEACKER, *História...*, cit., 78 ss.

⁽¹⁰⁰²⁾ À parte a designação “neutra” de “post-glosadores” (e também a de “bartolistas”, do nome do seu *caput scholae*), as restantes pretendem destacar

que, pelo seu papel e influência (até ao séc. XVIII) na história jurídica europeia, F. WIEACKER não hesita em aplicar a designação de “arquitectos da modernidade europeia”, ao lado de Dante, Giotto e Petrarca (de quem, de resto, são contemporâneos).

O fundador da escola foi Cino de Pistóia (1270-1336), contemporâneo e conterrâneo de Dante, jurista, pré-humanista e poeta do *dolce stil nuovo*; mas o seu membro mais influente foi, sem dúvida, Bártolo da Sassoferrato (1314-1357), de Perugia, jurista ímpar (*lumina et lucerna iuris*, lhe chamaram os contemporâneos) na história do direito ocidental que, numa vida de pouco mais de trinta anos, produziu uma obra monumental que se imporá à tradição jurídica até ao século XVIII (*nemo jurista nisi bartolista*). Outros juristas famosos desta escola foram Baldo de Ubaldis (1327-1400), homem de grande cultura filosófica, Paulo de Castro (m. 1441) — já influenciado pelas inovações intelectuais (muito relevantes para o pensamento jurídico) da escolástica franciscana (OCCAM, SCOTTO) —, Jásão del Maino (1435-1519), já contemporâneo da decadência da escola e, ainda, Rafaele Fulgosio, João de Andrea e Nicolau de Tudeschi (mais conhecido pelo “Abade Panormitano”).

São estes juristas que, debruçando-se pela primeira vez sobre todo o corpo do direito (direito romano, direito canónico, direito feudal, estatutos das cidades) e orientados por finalidades marcadamente práticas vão procurar unificá-lo e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da idade média⁽¹⁰⁰³⁾.

um aspecto característico da sua actividade. As designações de “práticos” ou “consiliadores” (F. WIEACKER) destacam o facto de, ao contrário da escola anterior, os comentadores se dedicarem ao estudo do direito *praticado* (e não do direito predominantemente erudito) e, portanto, a sua actividade consistir, frequentemente, na consultoria jurídica (“consilia”); a designação de “comentadores” (por último, H. COING) sublinha o facto de eles levarem a cabo uma elaboração doutrinal mais elaborada, consistindo, não em meras glosas, mas em comentários; no entanto, como refere F. WIEACKER, já os glosadores tinham encetado este tipo de trabalho. No texto utilizaremos a designação “comentadores”, por ser a consagrada pela nossa tradição historiográfica. Sobre o problema, v. E. GENZMER, *Ius Romanum Maedi Aevi*, Mediolani 1961—, I, 1. *Einleitung*, § 35 e F. WIEACKER, *História...*, cit., 79 n. 6.

⁽¹⁰⁰³⁾ Sobre a escola dos comentadores, v., por todos, F. WIEACKER, *História...*, cit., 78 ss.; N. HORN, *Die Legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts*, em *Handbuch der Quellen...*, cit.,

Todavia, e apesar das tendências reformistas já referidas, mantém-se bem viva a ideia de que o direito consiste num conjunto de normas que o intérprete não poderá alterar. Para os Comentadores, como para os Glosadores, a ordem jurídica positiva representava um dado indiscutível, ainda quando ela se mostrava contraditória e desactualizada. Portanto, toda a tarefa de actualização e de sistematização do direito terá que ser realizada no interior duma ordem pre-fixada autoritariamente, *aparecendo formalmente como uma tarefa de mera interpretação*.

Ao serviço da interpretação são então colocados meios lógico-dogmáticos imponentes, a maior parte deles provenientes da renovação lógica (*Lógica Nova*) subsequente ao reencontro de importantes textos aristotélicos (*Tópicos* e *Elencos Sofísticos*). A argumentação dos juristas, o modo de estes organizarem o seu discurso, adquire agora um tom muito particular. Surgem conceitos, modelos de raciocínio, temas intelectuais, que só por eles são usados: em suma, é um novo domínio do saber que se constitui — a ciência ou dogmática jurídica, cujos cabouqueiros são estes comentadores dos sécs. XIV e XV.

A ciência jurídica nasce com eles; mas eles não nascem com a ciência jurídica. De facto, a distinção entre a anterior escola dos Glosadores e esta presente dos Comentadores faz-se a partir das diferenças observáveis nos respectivos modos de discorrer acerca do direito. A substituição duma escola pela outra não provém tanto da diferente identidade dos juristas condutores, da diferente localização geográfica da sede do labor científico, mesmo de um diferente entendimento da sua missão como juristas, mas decorre principalmente duma ruptura epistemológica verificada no discurso dos juristas, originada pelo estabelecimento de novas condições no seio da sua prática discursiva (a modificação operada no quadro das fontes de direito tratadas pelos juristas).

261 ss. F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., 469-563; entre nós, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 276 ss. Para o seu pensamento jurídico e político, além de algumas das obras referidas na n. 955, CECIL N. S. WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato. His position in the history of medieval political thought*, Cambridge 1913; *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il IV centenario*, Milano 1962, 2 vols.; *L'opera di Baldo. Per cura dell'Università di Perugia nell V centenario...*, Perugia 1901; e a bibliografia citada por D. WIDUCKEL, *Princeps legibus solutus*, cit., 63 ss.

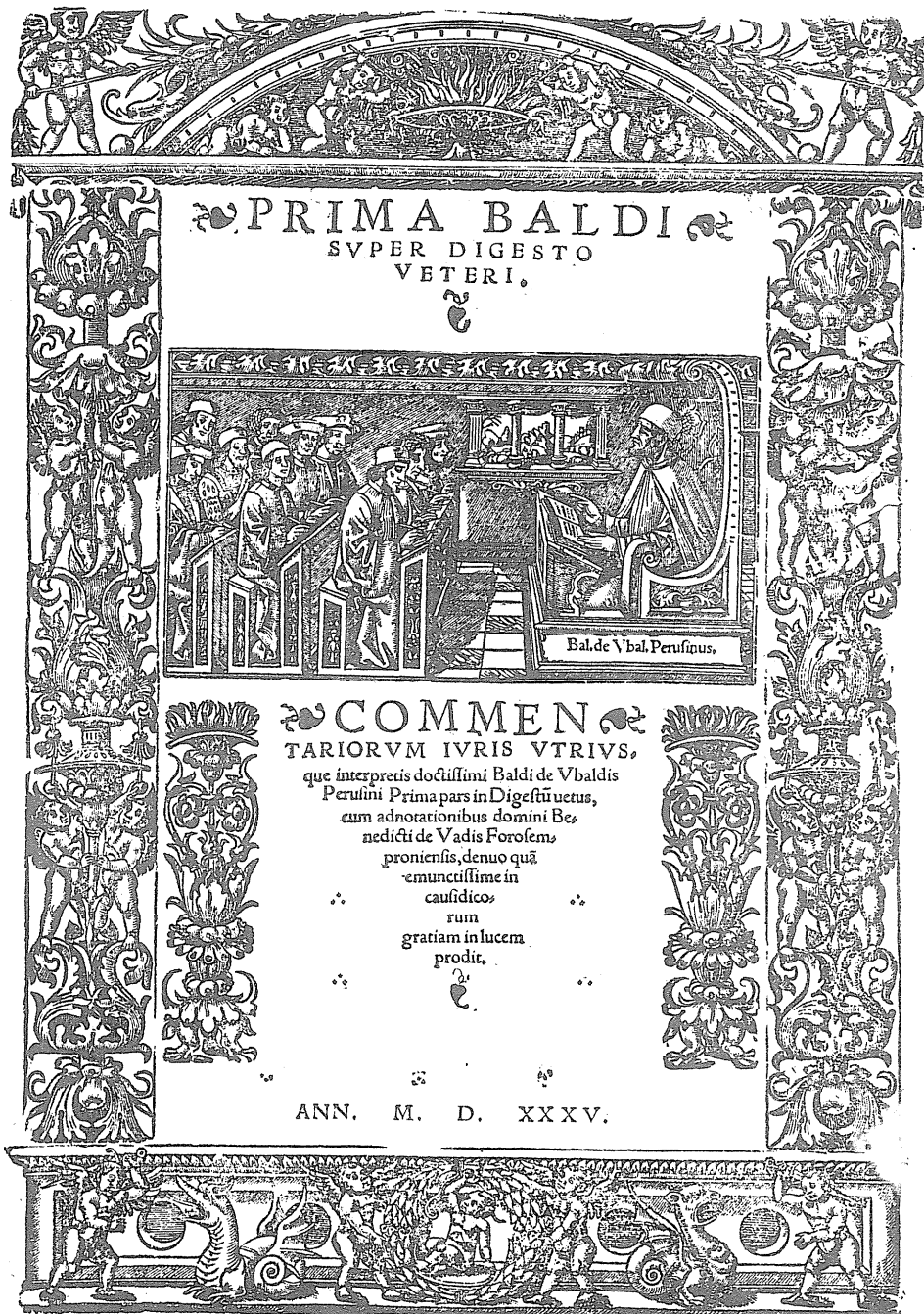


Fig. 10 — Rosto duma edição quinhentista do comentário de Baldo sobre o *Digesto Velho*; na gravura, Baldo dá uma aula.

Foi esta ruptura epistemológica que permitiu aos comentadores criar inovações dogmáticas que, por corresponderem também às aspirações normativas do seu tempo, vieram a tornar-se dados permanentes da doutrina posterior. Entre elas, refiram-se:

a) a teoria do *duplo domínio* que, baseada numa distinção romana entre *actio directa* e *actio utilis*, distingue a posição jurídica do proprietário (*dominium directum*) da posição jurídica do titular de direitos reais sobre coisa alheia (*dominium utilis*) — v.g., o enfiteuta⁽¹⁰⁰⁴⁾. A chave do sucesso dogmático desta distinção esteve na forma como ela se adequava à construção dogmática das situações de coexistência de direitos de várias pessoas sobre a mesma terra, típica do sistema feudal;

b) a correcção à teoria da estrita territorialidade das leis, no sentido de estabelecer uma multiplicidade de critérios, variáveis de acordo com o tipo de questões, para decidir do direito aplicável no caso de conflito de várias ordens jurídicas territoriais (*teoria estatutária*, pois visava resolver as questões surgidas dos conflitos entre estatutos). Assim, se em matéria imobiliária se manteve o critério da localização da coisa, já em matéria penal era relevante o lugar do cometimento do delito, em matéria de coisas móveis, o estatuto do seu proprietário (*"mobilia sequuntur personae"*); em matéria contratual e processual, o lugar da conclusão do contrato ou a lei do foro (*"locus regit actuum"*). Também o sucesso da teoria estatutária se explica em face da multiplicação das relações inter-locais e do facto de ter libertado o tráfego jurídico do rigorismo paralisante da estrita territorialidade dos estatutos.

Mas o impacto mais decisivo da actividade e do saber dos comentadores sobre a vida jurídica, política e social europeia foi constituído, mais porventura do que pelas suas inovações dogmáticas, pelo seu contributo para a constituição de uma categoria social à qual passou a ficar cometida a resolução dos diferendos sociais com recurso a uma técnica racional, embora

⁽¹⁰⁰⁴⁾ A designação "domínio útil" não tem a ver, como por vezes se crê, com o facto de ser o seu titular quem extrai a utilidade da coisa; mas sim com o facto de a sua posição ser tutelada por uma *actio utilis*, i.e., fundada não na lei (como é o caso da *actio directa*), mas na *utilitas*, ou seja, na apreciação, feita pelo pretor, da justiça imanente do caso.

pensamento jurídico medieval era propenso à identificação do direito com a vontade do legislador. A leitura dos textos romanísticos e, bem assim, o curso da vida política contemporânea (dominada pelas tendências de centralização do poder dos príncipes), sugeriam uma *concepção estadualista do direito*, em que o monopólio absoluto da edição do direito competia à autoridade legislativa estadual (*quod principi placuit legis habet vigorem*) e cujos reflexos teóricos e filosóficos aparecem na escolástica franciscana do séc. XV, nomeadamente em DUNS SCOTTO e GUILHERME DE OCCAM⁽¹⁰⁰⁶⁾.

Posto, assim, diante da realidade concreta de um sistema jurídico baseado sobre regras de origem autoritária, o jurista era obrigado a *partir do texto normativo* na sua tarefa de conseguir uma regulamentação jurídica aderente à nova realidade social.

Deste modo, a actividade científica dos juristas medievais consistia, formalmente, na *interpretação*; embora, no fundo, os juristas tivessem em vista muito mais do que a interpretação dos textos. Na verdade, o fim principal da exegese não consistia em averiguar o significado histórico do preceito legislativo, mas o seu *significado jurídico e racional*: isto é, a interpretação tendia à descoberta, nas palavras da lei, de *princípios jurídicos exigidos pela prática social e pela cultura do tempo*.

A realização duma tarefa deste tipo — que, no fundo, consistia em fazer dizer ao legislador aquilo que ele não tinha, de modo algum, querido dizer — exigia, como já se disse, meios lógico-dialécticos adequados a “forçar” a letra dos textos, meios que constituíram o estofa da dogmática jurídica até ao séc. XVIII e de que ainda hoje restam traços no discurso dos juristas. A eles dedicaremos, seguidamente, alguma atenção.

14.3.4.2. A oposição do “espírito” à “letra” da lei.

Uma primeira forma de proceder a uma interpretação inovadora era a oposição entre o texto da lei (*verba*) e o seu

textos sagrados dizem das coisas, mas a própria natureza das coisas; de racionalista, porque procura levar a cabo esta investigação com o auxílio de processos racionais, processos estes cuidadosamente disciplinados por regras de “pensar correctamente” (lógica) aprendidas dos clássicos.

⁽¹⁰⁰⁶⁾ V. V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'Interpretazione...*, cit., 52-57, e M. VILLEY, *Cours...*, cit.

espírito (*mens*) e a atribuição dum valor decisivo a este último, o que permitia torner as dificuldades colocadas por alguns textos literalmente opostos aos desígnios normativos que os intérpretes queriam prosseguir. Assim, quando encontra uma regra que, nos novos tempos, não podia ser aceite em toda a sua extensão, o intérprete afirmava que tal regra *excedia a vontade racional do legislador* e interpretava-a restritivamente não a aplicando a certos casos; ou, pelo contrário, estendia o preceito legal a casos que ele, manifestamente, não visava (“o estatuto que dispõe acerca da apresentação em processo de um documento ou de uma testemunha *compreende quer a apresentação pelo próprio, quer pelo procurador*”, BARTOLO, *Consilia*, cons.43)⁽¹⁰⁰⁷⁾.

14.3.4.3. A interpretação lógica.

Um outro processo de actualizar e sistematizar a ordem jurídica foi o da *interpretação lógica* dos preceitos.

A interpretação lógica foi um procedimento hermenêutico aplicado inicialmente à Sagrada Escritura e que constituía um meio termo entre a interpretação literal (agarrada ao elemento filológico e gramatical dos textos) e a espiritual (que quase desprezava o texto, envolvendo-se em rebuscadas divagações simbólicas). A interpretação lógica, pelo contrário, partia do texto, mas considerava-o como expressão duma ideia geral (*ratio*) do seu autor que, por certo, não deixaria de estar presente noutros passos da sua obra. Deste modo, o texto não poderia ser entendido senão pela sua integração no contexto; só esta integração permitiria a extracção das ideias informadoras (*dogmata*) de cada contexto normativo (“instituto” como hoje dizemos), ideias essas que constituiriam o apoio indispensável para a interpretação dum preceito isolado. Daí a afirmação de Baldo (séc. XIV) de que a “*scientia (legum) consistit in medulla rationis, et non in cortice scripturarum*”⁽¹⁰⁰⁸⁾⁽¹⁰⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁰⁷⁾ V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretazione...*, cit., 47/8. Nos exemplos dados no texto, o intérprete leva a cabo, através da oposição entre o espírito e a letra da lei, uma interpretação dita “extensiva”.

⁽¹⁰⁰⁸⁾ Cit. por V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris...*, 67.

⁽¹⁰⁰⁹⁾ A investigação da *ratio legis* era conseguida através dos procedimentos da dialéctica aristotélico-escolástica, nomeadamente dos expe-

Em face do que acabamos de dizer, logo se reconhece que, sob a capa de uma interpretação lógica, a doutrina estava a levar a cabo um trabalho altamente criador; “forçando” os textos com auxílio de instrumentos lógico-dialécticos finamente elaborados, ela ia construindo um sistema de conceitos jurídicos adequado a responder às necessidades da vida sua contemporânea.

14.3.4.4. A utilização da dialéctica aristotélico-escolástica e, especialmente, da tópica.

No número anterior falámos de dois expedientes utilizados pelos Comentadores para, sob a capa da interpretação, levar a cabo uma obra profundamente inovadora de actualização normativa e de sistematização do direito do seu tempo. Um desses expedientes — a interpretação lógica — implicava, como dissemos, a utilização dum instrumental lógico-dialéctico muito complexo, através do qual fosse possível a elaboração sistemática dum direito originalmente natureza a-sistemático e, até, contraditório⁽¹⁰¹⁰⁾. Tal instrumento foi fornecido pela dialéctica aristotélico-escolástica.

A dialéctica é, para a tradição aristotélico-ciceroniana, *a arte de discutir*. A *discussão* caracteriza-se quer formalmente (i.é, quer por, na sua forma, se distinguir doutros tipos de discurso)⁽¹⁰¹¹⁾,

dientes, adiante mais detidamente analisados, da *definição*, *divisão* e da *analogia* (“o processo teórico correcto de proceder é triplo, isto é, define, divide e progride por exemplos”, BALDO). Através deles eram isoladas: a essência (*substantia*) dos institutos; as instituições ou figuras jurídicas mais vastas em que eles se enquadravam (*genera*); os caracteres específicos que continham em relação a outros institutos enquadrados nos mesmos géneros (*differentiae*), as analogias formais ou materiais que mantinham entre si (*similitudines*). Tudo isto efectuado, como já se disse, nos limites da interpretação lógica e com o recurso às regras lógico-dialécticas de ARISTÓTELES, que passa a ser o filósofo mais citado entre os juristas. Nos *Comentários* de BALDO, por exemplo, ARISTÓTELES é citado 103 vezes, ao passo que o filósofo seguinte (CÍCERO, que em muitos passos é um porta-voz do Estagirita) é citado apenas 17 vezes. V. estes e outros elementos estatísticos em NORBERT HORN, *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus*, em *Ius Commune*, cit. 109 ss.

⁽¹⁰¹⁰⁾ Não se esqueça que o complexo normativo conhecido, a partir do séc. XIII, por “direito comum” é constituído por normas de várias origens, animadas, por vezes, por princípios contraditórios.

⁽¹⁰¹¹⁾ Por exemplo, da *oração* (*oratio*) — a que vulgarmente chamamos “discurso” —, a cuja regulamentação se dedica a retórica, ou da *demonstração*,

quer materialmente (i.é, quer porque incide sobre assuntos *discutíveis*, ou seja, assuntos sobre os quais não há afirmações necessariamente certas). Este segundo aspecto é fundamental para a caracterização da dialéctica: uma vez que não há, nos assuntos dialécticos, afirmações indiscutivelmente verdadeiras que cortem definitivamente as questões (pois então a própria discussão seria impensável), é sempre possível encarar os problemas em aberto *a partir de vários pontos de vista*, ou seja, progredir para a sua solução estribado em argumentos distintos e, por vezes, até opostos. A discussão é, portanto, um *andar à volta da questão, perspectivando-a de diversos pontos de vista, atacando-a a partir de diferentes considerações (ou argumentos)*. Sendo assim, a tarefa mais importante da teoria da discussão (ou dialéctica) é encontrar os pontos de vista, os *argumentos*, a partir dos quais as questões podem ser consideradas. Tal tarefa é designada, na linguagem aristotélico-ciceroniana, por *ars inveniendi*⁽¹⁰¹²⁾ ou *tópica*, sendo esses pontos de vista orientadores da argumentação designados por *lugares (loci)* ou *tópicos (topoi)*.

Ora o pensamento jurídico da baixa Idade Média recorreu continuamente aos processos dialécticos e, nomeadamente, aos métodos propostos pela tópica para encontrar os argumentos. E não por acaso.

Já vimos, de facto, que a grande tarefa do pensamento jurídico desta época foi a realização da *unidade* do ordenamento jurídico *sem o sacrifício dos direitos particulares* e, por outro lado, a integração do direito justinianeu-feudal e dos direitos cidadãos-burgueses num sistema único dominado por grandes princípios jurídicos *actualizados*, isto é, que traduzissem adequadamente as exigências da vida de então. Todavia, dado que ainda vigorava, como vimos atrás, uma concepção normativa

cujas regras são estudadas pela analítica. Enquanto a oração se caracteriza por ter em vista a obtenção de efeitos estéticos, a discussão e a demonstração visam o acréscimo do saber; distinguindo-se entre si porque, na primeira, a base de que se parte são afirmações somente prováveis, não necessárias, numa palavra, susceptíveis de discussão (ex.: os homens têm uma alma imortal, o direito é a arte do bom e do equitativo), e na segunda o raciocínio desenvolve-se a partir de afirmações indiscutíveis (ex.: o homem é um animal racional, o direito é um facto social).

⁽¹⁰¹²⁾ Arte de encontrar (os argumentos que servirão de base à argumentação).

do direito — ou, noutra perspectiva, dado que a ciência jurídica ainda não tinha a possibilidade de formular autonomamente (i.é, sem se apoiar nos textos jurídicos, nomeadamente romano-justinianeus, em vigor) os princípios jurídicos superiores⁽¹⁰¹³⁾ — a construção do “sistema jurídico” tinha que partir dos dados jurídico-normativos tradicionais e, por sínteses progressivas, tender para uma completa axiomatização do direito, que, no entanto, só terá lugar a partir do séc. XVIII⁽¹⁰¹⁴⁾. Uma tal tarefa de unificação de institutos jurídicos por vezes tão díspares exigia um esforço penoso, tendente a *encontrar o ponto de vista* a partir do qual se pudesse achar alguma unidade ou ligação lógica entre os institutos considerados. Ora a técnica de encontrar os pontos de vista a partir dos quais qualquer questão pode ser encarada era — como já se disse — a tópica; observando as suas regras, os juristas serão capazes de encontrar as várias perspectivas segundo as quais um instituto jurídico pode ser enfocado e, dentre todas elas, escolher aquela que melhor permita pôr em destaque a sua ligação a um outro instituto ou grupo de institutos ou proceder à sua actualização.

Uma primeira perspectiva dum instituto jurídico pode ser obtida através da sua *definição*, realizada nos moldes aristotélico-escolásticos. A definição (“*oratio quae id quod definitur explicat quid sit*”, CICERO, *Topica*, V, 26) era a expressão da essência duma coisa e devia ser formada *ex genere et differentia*: ou seja, devia consistir na indicação da categoria geral a que pertencia o

(1013) Efectivamente, a formulação de primeiros princípios (princípios gerais do direito) exige uma tarefa prévia de progressiva construção sistemática, realizada através de sínteses cada vez mais vastas. Só então, uma vez elaborados os “axiomas” que sintetizam as intenções normativas fundamentais do ordenamento jurídico, é possível operar por dedução. Simplificando um pouco podemos dizer que, historicamente, o período compreendido entre o séc. XIV e XVII corresponde à *formação* do “sistema jurídico” exigido por uma certa mundividência; a partir do século XVIII, o sistema está perfeito, os seus axiomas elaborados, e o pensamento jurídico limita-se a explicá-los dedutivamente — é a época *jus-racionalista e pandectística*; no trânsito do século XIX para o século XX inicia-se uma nova tarefa de recomposição do sistema, pois a introdução de instituições jurídicas exigidas por necessidades novas origina uma crise interna do sistema jurídico-conceitual, ainda hoje em aberto.

(1014) Por “axiomatização do direito” entendemos a construção de um sistema jurídico-conceitual — dominado por certas proposições fundamentais — que sintetize os objectivos de regulamentação social pretendidos pelo direito numa certa época (intenções normativas).

definido acrescido da característica que o distinguia de outras realidades pertencentes à mesma categoria⁽¹⁰¹⁵⁾.

Ora bem, encarar um instituto jurídico através da sua definição contribui para o enquadrar num princípio de sistematização, numa sistematização por assim dizer “regional”; efectivamente, a definição *ex genere et differentia* implica a formação de conceitos genéricos (como relação jurídica, negócio jurídico, etc., desconhecidos da dogmática romanística) em função dos quais se relacionam certas figuras jurídicas até aí isoladas⁽¹⁰¹⁶⁾; esta relação, por outro lado, põe a nú as semelhanças e as diferenças existentes entre elas e permite a individualização de sub-géneros (ou géneros menos gerais). A perspectiva da definição (ou “lugar da definição”)⁽¹⁰¹⁷⁾ era, portanto, utilíssima para levar a cabo uma primeira tarefa de sistematização, pois considerava os vários institutos jurídicos integrados em géneros mais vastos, os quais, por sua vez, se ordenavam noutros ainda mais compreensivos. Definir consistia, portanto, em enquadrar um instituto num sistema de conceitos logicamente hierarquizados⁽¹⁰¹⁸⁾.

(1015) Ex.: “*Doação* (definido) é um *contrato* (género) pelo qual uma pessoa *transfere para outrem gratuitamente uma parte dos seus bens* (diferença)”. Por sua vez, a entidade que era género nesta definição (contrato) pode ser também objecto de definição: “*Contrato* (definido) é uma *relação jurídica* (género) em que *cada uma das partes é simultaneamente titular de um direito e de um dever recíproco* (diferença)”. Nestes exemplos se vê claramente que o *género* é a categoria geral de que o definido é *espécie*; a *diferença*, a característica que distingue o definido das outras espécies que, com ele, integram o género (no 1.º exemplo, compra e venda, locação, mútuo, etc.; no 2.º, relações jurídicas em que só há deveres ou direitos para uma das partes).

(1016) Assim, a aparecimento da noção genérica de *contrato* permite encontrar alguma relação entre várias figuras jurídicas, até aí isoladas, como a compra e venda, a locação, o mútuo, etc. Tal relação consiste no facto de estes institutos apresentarem elementos essenciais comuns, elementos esses que são aqueles que integram a noção genérica de “contrato”.

(1017) Trata-se do chamado *locus a deffinitione*. Os antigos diziam que estas perspectivas de enfoque das questões (“lugares” ou “tópicos”) eram “sedes argumentorum”. E efectivamente assim é: a perspectiva (o lugar) donde observamos uma questão fornece-nos argumentos para a resolvermos — é, portanto, um “depósito” de argumentos, alguns dos quais podem servir para os fins dialécticos em vista. No nosso caso, o fim em vista — unificação e sistematização do direito — pode ser auxiliado, como acabamos de ver no texto, considerando os institutos a partir da sua definição.

(1018) Um outro processo dialéctico adequado a revelar a relação lógica entre os vários institutos era a *distinção* ou *divisão*; se a definição consistia em

Vimos a grande importância que a definição podia ter na sistematização do sistema jurídico; mas nem sempre este processo era suficiente para uma tarefa tão árdua. Muitas vezes, era preciso procurar outras perspectivas dos institutos sob as quais se pudesse levar a cabo ligações que o ponto de vista da definição não permitia. Assim, por exemplo, a perspectiva das *causas* do instituto. Sabe-se como Aristóteles distinguia entre *causa material* (ou substância), *causa formal* (ou existência), *causa eficiente* (ou elemento genético) e *causa final* (ou finalidade). Sendo a causa material equiparada ao *genus* e a causa formal à *differentia*, a única perspectiva nova era a das causas eficiente e final. Efectivamente, ainda que não fosse possível relacionar os institutos do ponto de vista da sua essência (manifestada através da definição), talvez o fosse através dos factores que lhes deram origens (causa eficiente) ou das suas finalidades (causa final). Assim surgiu, por exemplo, a noção de “declaração de vontade”, causa eficiente de todos os negócios jurídicos.

Ainda uma outra perspectiva que contribuiu para o surgir de concatenações lógicas entre os institutos foi a sua simples *comparação*. Claro que muitas ligações entre as figuras jurídicas obtidas por via da comparação seriam possíveis por qualquer dos dois processos dialécticos anteriores⁽¹⁰¹⁹⁾; mas, muitas vezes, a comparação encontrava relações que não eram patenteadas pelo *locus a deffinitione* ou pelo *locus a causis*. Além disso, a comparação permitia a utilização dos argumentos “por paridade de razão” (*a pari*)⁽¹⁰²⁰⁾, “por maioria de razão” (*a fortiori*)⁽¹⁰²¹⁾, e

procurar integrar o instituto no género a que, com outros, pertencia, a divisão considera-o como um género e tenta individualizar as espécies distintas que o compõem. Assim, pega na noção de contrato e distingue contratos consensuais e formais, unilaterais e bilaterais, etc. O processo da divisão, que contribui — tanto como o da definição — para um enquadramento lógico dos institutos jurídicos, teve um enorme prestígio no pensamento jurídico desta época, a ponto de se vir a afirmar que “*qui bene distinguit, bene docet*”; a este brocardo vir-se-á a opor, numa época em que estes processos dialécticos já não se justificam, o princípio de que “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”.

⁽¹⁰¹⁹⁾ Isto é, muitas semelhanças entre os institutos proviriam de eles pertencerem ao mesmo género, de terem idênticas finalidades (a mesma causa final) ou a mesma génese (a mesma causa eficiente).

⁽¹⁰²⁰⁾ “Sendo semelhantes os institutos A e B, se em A se verifica certa consequência jurídica, em B deve verificar-se igualmente”.

⁽¹⁰²¹⁾ “Sendo a característica y mais nítida no instituto A do que no

do raciocínio *por analogia*, utilização essa que é um importante factor de unificação da regulamentação jurídica e de saneamento das contradições normativas dentro duma mesma ordem jurídica⁽¹⁰²²⁾.

Finalmente, uma outra perspectiva útil para os fins tidos em vista pela ciência jurídica era aquela que consistia em encarar os institutos e figuras jurídicas através daquilo que os autores tinham dito deles — é a perspectiva das autoridades (*locus ab auctoritate*); os juristas, na sua tarefa de actualização e de sistematização do direito, deixam de partir dos próprios textos jurídicos e baseiam-se nos comentários destes textos feitos por juristas anteriores.

O recurso ao argumento da autoridade é muito característico do pensamento jurídico medieval. Teoricamente, o valor deste argumento baseava-se na presunção de que o autor invocado era um profundo conhecedor daquela matéria (*doctor est peritus*) pelo que o seu parecer não era cogente, só valendo até ser infirmado por um outro de superior qualidade. Assim, enquanto não intervieram factores de decadência, a invocação do argumento da autoridade e da *opinio communis doctorum* não significa, como muitos pensam, um dogmatismo estiolante para a ciência jurídica, antes sugerindo uma atitude mental aberta em que, *por não se reconhecerem verdades definitivas, importava, a todo o momento, confrontar os pontos de vista dos vários autores*. Torna-se, portanto, claro como a invocação do argumento *ab auctoritate* se liga à natureza dialéctica, não definitiva, das soluções jurídicas: uma vez que estas admitiam sempre discussão e eram apenas *prováveis*, importava reforçar essa probabilidade mostrando que a solução proposta era

instituto B e andando certa consequência jurídica verificada em B ligada a tal característica, ela deve verificar-se em A por maioria de razão”.

⁽¹⁰²²⁾ Outra forma próxima de proceder à uniformização normativa é a utilização do *argumentum ab exemplis*: trata-se de aplicar ao instituto considerado a regulamentação aplicável a um outro (*exemplum*) que com ele mantinha uma certa semelhança, embora não essencial (e por isto se distinguia do expediente da comparação, em que a semelhança entre os casos era essencial). A utilização do “lugar do exemplo” implicava a investigação de casos paralelos, nomeadamente de *precedentes judiciais*. A ponto de com o tempo, tais precedentes começarem a ser aceites acriticamente e passivamente, sendo necessário reagir contra tal utilização do exemplo: “*non exemplis sed legis est iudicandum*”.

admitida pela maior parte dos autores⁽¹⁰²³⁾. Todavia esta probabilidade nunca se tornava numa certeza, ainda que se invocassem milhares de opiniões a corroborá-la (“disseram-no os Doutores da Glosa e o mesmo Roffredus: e por muitos que fossem, ainda que mil o dissessem, todos errariam”, CINO DE PISTÓIA, séc. XIV).

Descrito o fundamento teórico do *locus ab auctoritate*, importa averiguar qual a função que ele desempenhava na ciência jurídica medieval. Embora tal ponto não tenha ainda sido, segundo parece, convenientemente encarado, cremos que a principal função da invocação da *communis opinio* e do *argumento da autoridade* era a de *introduzir alguma disciplina na interpretação do direito*. De facto, já vimos a amplitude dos processos lógico-dialécticos postos ao dispor dos juristas para a sua tarefa de actualização e sistematização do direito. Ora, um uso desordenado de tal instrumental podia ser catastrófico: dada a liberdade interpretativa quase total de que os juristas dispunham, se não se impuzesse alguma direcção ao seu esforço teórico, *em vez duma obra de sistematização do direito, a doutrina levaria a cabo uma sua pulverização ainda maior*, pois cada autor perfilharia uma interpretação pessoal dos textos. A invocação das autoridades tinha, precisamente, por função *canalizar a actividade teórica dos jurisconsultos naqueles sentidos socialmente mais convenientes e que, por o serem, tinham sido os tomados pelos juristas mais influentes* (i.é, aqueles que melhor tinham sentido as necessidades da época). Através desta invocação, os juristas eram convidados a não se afastarem facilmente das soluções já admitidas e provadas (“aquilo que a Glosa determinar deve ser mantido, pois nas decisões das glosas

⁽¹⁰²³⁾ A noção de “probabilidade” aqui subjacente é a de uma probabilidade estatística (*id quod plerumque accidit*), i.é, a solução é tanto mais digna de crédito quanto mais vezes se mostra adequada ou é defendida pelos peritos; é de origem aristotélica (ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 1). Mas não foi a única concepção de probabilidade em vigor na Idade Média; até cerca de 1250 vigorou a ideia de que a probabilidade de correcção de uma opinião não aumentava pelo facto de ela ter muitos sequazes. Para esta concepção não tinha grande sentido a busca duma *opinio communis*, pelo que, efectivamente, a sua invocação só irá ter lugar depois do séc. XIII. Sobre isto, A. GIULIANI, *Il concetto di provo* (Milano 1961) 115 e V. P. MORTARI, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*, em *Riv. it. sc. giur.* VIII (1954) 461 ss.

raramente se encontram erros”; “ao aconselhar sobre casos duvidosos o melhor é seguir a glosa”, BALDO, séc. XIII-XIV)⁽¹⁰²⁴⁾, embora as devessem aceitar criticamente⁽¹⁰²⁵⁾.

14.3.4.5. Conclusão.

Vimos, nos números anteriores, quais os expedientes utilizados pelos juristas da baixa Idade Média para levar a cabo a actualização e sistematização do direito então em vigor. Por aí pudemos avaliar como, sob a capa de uma tarefa interpretativa, era de facto realizada uma obra de libertação em relação ao texto: primeiro, opondo um alegado “espírito” da lei (que, mais do que na mente do legislador, estava na dos intérpretes) à sua “letra”; depois, dissolvendo cada preceito num contexto normativo, e procurando os princípios informadores desse contexto (*dogmata*); depois, ainda, referindo os vários institutos entre si e procurando concatená-los logicamente, através das noções de género, espécie e diferença, de causa eficiente e causa final, recorrendo — sempre que não fosse possível encontrar semelhanças essenciais — às noções menos rigorosas de analogia, lugar paralelo, exemplo; e quando o texto, de todo em todo, não consentisse qualquer manipulação, alicerçando a tarefa de renovação, não já sobre ele, mas sobre a anterior actividade doutrinal de que tivesse sido objecto e que, compreensivelmente, era mais fácil de orientar num sentido “moderno”⁽¹⁰²⁶⁾.

⁽¹⁰²⁴⁾ Cf. G. ERMINI, *Corso di diritto commune* (Milano 1946) 186 e V. P. MORTARI, *L'argumentum ab auctoritate...*, cit., 462.

⁽¹⁰²⁵⁾ Só assim, gozando duma autoridade limitada, é que o argumento da autoridade desempenhava a sua função. De facto, sendo as exigências da vida mutáveis, um apego exagerado às autoridades tradicionais daria origem a uma doutrina disciplinada, é certo, mas divorciada das aspirações normativas do seu tempo. Só uma contínua renovação da *opinio communis* garantiria uma direcção da doutrina consoante com a vida. Como veremos mais tarde, uma das mais frequentes acusações ao *mos italicus* tardio foi, precisamente, a de que ele aceitaria passivamente os grandes juristas de quatrocentos (nomeadamente de Bártolo) que, tendo reflectido, nas interpretações que propunham, os anseios normativos da sua época, estavam completamente ultrapassados em relação às exigências normativas dos séculos XVI e XVII.

⁽¹⁰²⁶⁾ Este método de discorrer sobre o direito vem descrito por GRIBALDO MOPHA (1541) na seguinte mnemónica: 1) *praemitto*, 2) *scindo*, 3) *summo*, 4) *casumque figuro*, 5) *perlego*, 6) *do causas*, 7) *connoto*, 8) *et obliicio*. Nela se contém todas as operações anteriormente descritas: 1) introdução à

Através destes processos — que constituem ainda hoje o estofo do discurso jurídico⁽¹⁰²⁷⁾ — os comentadores levam a cabo uma obra de construção dogmática que permanece de pé, sem grandes alterações, até ao nosso tempo.

O método dos comentadores voltou a estar na ribalta da reflexão metodológica contemporânea a partir da publicação, em 1957, da hoje famosa *Topik und Jurisprudenz* de THEODOR VIEHWEG (de que existem trads. it. e esp.). Nessa obra, que se insere num vasto movimento do pensamento jurídico contemporâneo de crítica ao conceitualismo e ao legalismo, Th. Viehweg procura destacar o carácter situado e concreto da decisão jurídica, decisão

análise do texto considerado, primeira interpretação literal; 2) divisão do texto nas suas partes lógicas, com a definição de cada uma das figuras aí referidas e sua concatenação lógica, através das noções dialécticas de género, espécie, etc.; 3) com base nesta ordenação lógica, re-elaboração sistemática do texto; 4) enunciação de casos paralelos, de exemplos, de precedentes judiciais; 5) leitura “completa” do texto, i.é, leitura do texto à luz do contexto lógico e institucional construído nos estádios anteriores; 6) indicação da natureza do instituto (causa material), das suas características distintivas (causa formal), da sua razão de ser (causa eficiente) e das suas finalidades (causa final); 7) ulteriores observações, indicação de regras gerais (brocardos) e de opiniões de juristas célebres; 8) objecções à interpretação proposta, denotando o carácter dialéctico das opiniões sobre problemas jurídicos, e réplicas, com larga utilização do instrumental da dialéctica aristotélico-escolástica. Sobre a tópica e o discurso dos comentadores, para além da bibliografia citada anteriormente e, ainda, na nota 1028, v. a fundamental obra de L. LOMBARDI, *Saggio sull diritto giurisprudenziale*, Milano 1967. Para uma compreensão metódica e prática dos processos argumentativos da tópica e da dialéctica, é útil ler um tratado de tópica ou de dialéctica dos utilizados durante toda a idade média e início da época moderna. Se não as fontes clássicas (v.g., a *Tópica* de Cícero), por exemplo, as didácticas *Instituições dialécticas*, do nosso PEDRO DA FONSECA (ed. moderna, Coimbra 1964). A leitura de um moderno tratado de argumentação (v.g., H. LAUSBERG, *Manual de retórica literária*, trad. esp., Madrid 1966, ou o apaixonante *Traité de l'argumentation*, de Ch. PERELMAN e O. TYTHECA, Paris 1958) também ajuda a reconstituir o modo de ser do discurso jurídico medieval. Exemplos de “tópicas jurídicas” portuguesas: AGOSTINHO BARBOSA, *Tractatus de locis communibus*, ed. cons. Lugduni 1644; SIMÃO VAZ BARBOSA, *Axiomata et loca communia iuris*, ed. cons. Conimbricæ 1717. Sobre a retórica em Portugal, v. ANÍBAL PINTO DE CASTRO, *Retórica e teorização literária em Portugal*, Coimbra 1973.

⁽¹⁰²⁷⁾ Os juristas, ainda utilizam — mas já maquinalmente e, por vezes, sem a consciência da sua historicidade — o aparelho lógico e conceitual forjado pelos comentadores; quer os argumentos, quer os conceitos e princípios gerais (dogmas), quer o modo de os extrair apresentam, na verdade, uma impressionante continuidade.

que, mais do que extraída por via dedutiva de princípios jurídicos absolutos ou da lei, seria o produto duma ponderação pelo jurista, em função do caso concreto, de diversos pontos de vista e argumentos entre si conflituais. O saber jurídico consistiria, assim, numa técnica de encontrar esses pontos de vista (tópica) e de os ponderar mutuamente (dialéctica) através do confronto argumentativo⁽¹⁰²⁸⁾. Como exemplos de épocas em que os juristas assumiram explicitamente esse carácter tópico e argumentativo do seu saber, Viehweg refere a época clássica do direito romano e a jurisprudência medieval, nomeadamente os comentadores. A consciência do carácter tópico do saber jurídico teria sido submergida pelas ulteriores correntes racionalistas e dedutivistas (jusracionalismo e pandectística).

14.3.5. A crise do século XVI e as orientações metodológicas subsequentes.

No século XVI, o advento de uma nova realidade normativa, bem como o desenvolvimento interno do sistema da ciência jurídica, vêm provocar uma grave crise no seio do pensamento jurídico europeu.

14.3.5.1. Pressupostos sócio-políticos e metodológicos.

a) O advento de uma nova realidade normativa.

Como antes se disse, o séc. XIV, a que corresponde a actividade teórica dos Comentadores, é a altura em que os *iura propria* são integrados no *ius commune* romano-justiniano e em que a ciência jurídica procura reduzir este cúmulo a uma unidade

⁽¹⁰²⁸⁾ O impacto da obra de Th. Viehweg foi enorme, dando origem a uma polémica ainda hoje não encerrada. Sobre ela, por todos, F. WIEACKER, *História...*, cit., 689 ss. e, por último, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, em “Festschrift für Pan. J. Zepos”, I. Band, Athen 1973, 391 ss.; K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, cit., 174 ss. Para um balanço das suas próprias posições, vinte anos passados, Th. VIEHWEG, *Zur zeitgenössischen Fortentwicklung der juristischen Topik*, “Anales de la catedra Francisco Suarez” 13(1973) 9 ss. (a tópica deve constituir uma reflexão sobre a *dimensão pragmática* do discurso, estudando o pensamento como algo de histórico-concretamente situado [*situativ Denkweise*], estudando o processo de criação intelectual a partir duma situação discursiva [*Redesituation*]).

normativa e lógico-científica. Todavia, o progresso da vida económico-social europeia, assim como o movimento de centralização do poder político, acabam por modificar o equilíbrio do sistema das fontes de direito, originando um novo equilíbrio entre o direito real ou cidadão (que, agora, tende a passar a ser o verdadeiro direito comum) e o *ius commune* doutrinal elaborado pelos juristas do século XIV⁽¹⁰²⁹⁾.

Isto acontece, antes de mais, naqueles ramos em que as fontes romanas não podiam trazer grande contributo (dada a maior evolução do estilo de vida) — como o direito público, o direito criminal e o direito comercial⁽¹⁰³⁰⁾. Aqui, a doutrina que se baseasse, mais ou menos directamente, no direito romano não podia deixar de ser posta em causa pelos direitos próprios dos reinos e cidades da baixa idade média.

Mas, a partir das grandes compilações do direito régio das novas monarquias baixo-medievais, esta situação generaliza-se⁽¹⁰³¹⁾.

⁽¹⁰²⁹⁾ Recapitulando, lembremos que se podem individualizar três fases no desenvolvimento do regime das fontes de direito na Europa medieval e moderna. A primeira corresponde aos sécs. XII e XIII e é caracterizada pelo predomínio (embora sobretudo em sede teórica) do direito comum (entendido por direito do ordenamento universal representado pelo Império) sobre todas as outras fontes concorrentes, cuja validade só é admitida desde que não estejam em contraste com a norma de direito comum. A segunda fase estende-se do séc. XIV até ao fim do séc. XV, nela se notando a afirmação dos *iura propria* como fonte primária dos ordenamentos particulares, cujo valor se equilibra com o do direito comum. A terceira, por fim, marca a independência completa dos direitos do rei e das cidades que se tornam a única fonte de direito e relegam o direito comum para a posição de direito subsidiário. Cf. V. P. MORTARI, *Diallettica e Giurisprudenza*, cit., 369 e F. CALASSO, *Il Problema Storico del Diritto Comune*, cit., 125-6.

⁽¹⁰³⁰⁾ F. CALASSO, *Diritto (Partizioni). Le Base Storiche*, em *Enciclopedia del Diritto*, tb. recolhida em *Annali di St. del Dir.*, IX (1965) 451.

⁽¹⁰³¹⁾ Em França, a redacção dos costumes é ordenada sucessivamente por Carlos VII (1454), Luís XI (1481) e Henrique III (1587); em Espanha, a codificação dos costumes, ordenada por Isabel a Católica (as *Ordenanzas Reales* de Castela), aparece em 1484, enquanto a codificação da legislação real é realizada em 1567. Na Holanda, a recolha escrita do direito local é empreendida por Carlos V (1531) e na Bélgica, com o *Édit Perpetuel* (1611). Na Alemanha, o duque Guilherme IV da Baviera leva a cabo a codificação das principais fontes formais do direito bávaro (*Reformation*, 1518), ao mesmo tempo que unifica o processo (*Gerichtsordnung*, 1520) e reúne a legislação ducal em matéria administrativa e económica (*Buch der gemeinen Landpot-Landsordnung*,

É certo que muitas destas compilações estavam fortemente repassadas de princípios e instituições do direito comum⁽¹⁰³²⁾, mas o que importa salientar é que, daqui em diante, elas vão constituir o direito usualmente aplicado, relegando o direito comum para os domínios do direito subsidiário.

Esta mudança das realidades normativas não pode deixar de influir no modo de ser da ciência jurídica; pode-se mesmo dizer que a substituição do objecto tradicional da *scientia juris* pelo moderno a lançou numa grave crise de que só se irá recompôr no séc. XVIII. O que se compreende: tendo ordenado toda a sua tarefa dogmática nos quadros duma *interpretação* dos textos romanísticos, considerados insubstituíveis, o edifício da ciência jurídica dos comentadores não podia deixar de oscilar no momento em que os alicerces romano-justinianeus sobre que fora construído fossem abalados. Todo aquele esforço de subtil interpretação dos textos, necessários à modernização do direito romano, deixava, em grande parte, de ter sentido em relação às disposições, estas modernas, dos novos códigos nacionais.

Perante isto, dupla foi a orientação da doutrina⁽¹⁰³³⁾. Segundo uma corrente (aquela que vem a ser conhecida sob a designação de *mos gallicus* ou *escola culta, humanista* ou *elegante*) passa-se a encarar o direito romano-justinianeus com um interesse apenas histórico-filológico, negando, implícita ou explicitamente, o seu carácter de direito vigente, ao mesmo tempo que se intenta libertá-lo de toda a ganga das sucessivas interpretações actualizantes, reduzindo-o à sua pureza clássica.

1520). Em Portugal, por fim, a compilação da legislação real é realizada, como se sabe, em 1446-7 (*Ordenações Afonsinas*), retomada em 1512-14 (*Ordenações Manuelinas*) e em 1603 (*Ordenações Filipinas*). Sobre o movimento da codificação, v. J. VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIIIe. au XIXe. siècle*, Bruxelles 1967 (sobretudo o diagrama de p. 22).

⁽¹⁰³²⁾ Saber até que ponto a codificação dos direitos locais utilizou a contribuição romanística é um assunto que não está definitivamente esclarecido. V. H. COING, *Die Europäische Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., 15/16. Em relação às nossas Ordenações, só uma cuidada edição crítica permitiria destrinçar as várias influências aí detectáveis. Algumas indicações podem colher-se em J. V. ÁLVARES DA SILVA, *Introdução ao Novo Código ou Dissertação Crítica sobre a Principal Causa da obscuridade do nosso Código Autêntico*, Lisboa 1780.

⁽¹⁰³³⁾ Sistematização semelhante, em N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo...*, cit., 55 e 59.

Em contrapartida, sobretudo naqueles domínios e naqueles países em que as realidades normativas nacionais eram excessivamente vivas para serem escamoteadas pela ciência jurídica romano-justinianeia-escolástica, o pensamento jurídico dedicou-se a uma inserção dessas realidades nos quadros conceituais dos comentadores, utilizados até onde eles fossem adequados à nova matéria e supridos, no restante, com figuras teóricas e dogmáticas novas. É o “*usus modernus pandectarum*”, corrente que *refundiu* (pondo-o de acordo com os novos dados normativos) e *completou* (desenvolvendo completa e autonomamente — em relação aos textos romanísticos — os princípios que ele levava implícitos) o sistema de direito construído pelos comentadores.

b) *O desenvolvimento interno do sistema da ciência jurídica.*

Mas, como dissemos de início, não foram só causas desta ordem (institucionais-normativas) que provocaram a crise da ciência jurídica dos comentadores. Na sua origem estão também factores de ordem epistemológica — nomeadamente, o esgotamento da lógica interna do próprio sistema jurídico-científico⁽¹⁰³⁴⁾.

Efectivamente, a ciência jurídica dos comentadores tinha posto em movimento uma grandiosa tarefa de unificação interna do ordenamento jurídico, tarefa essa que ia realizando com o recurso à utensilagem lógico-conceitual da dialéctica aristotélico-escolástica. Já antes realçámos, também, que a complicação dos meios utilizados está em correspondência com a dificuldade do trabalho proposto. Chegado o século XVI, tinha-se atingido o fim do princípio: através dos vários processos antes individualizados, os grandes princípios e a estrutura dogmática dos vários sectores do direito estavam encontrados, o mesmo se podendo dizer dos princípios informadores de cada instituto (*axiomata*), do significado técnico-jurídico das palavras (*significatio verborum*), etc.. Começara, portanto, a ser possível passar ao imediato degrau da tarefa da unificação científica do direito — a construção de “sistemas” jurídicos gerais, estruturados a partir

⁽¹⁰³⁴⁾ Ou, numa terminologia mais moderna, o desenvolvimento da sua estratégia. Efectivamente, em cada momento da sua história, as disciplinas científicas são orientadas por uma intenção (ou estratégia) geral que implica um certo sentido de evolução da construção científica (cf., sobre este conceito, M. FOUCAULT, *L'Archéologie du Savoir*, Paris 1969, 85 ss.).

dos princípios obtidos pela actividade jurídico-científica dos comentadores. Assim, não é de admirar que tenham começado a aparecer autores reclamando, ou realizando mesmo, obras deste tipo; primeiro, CHANSONETTE (CANTIUNCULA), HEGENDORFF, depois, DERRER (séc. XVI), UGO DONNELO (séc. XVI), FREIGIO (séc. XVI) e, principalmente, OLDENDORP (*Isagoge seu Elementaria Iuris Naturalis...*, 1539) e ALTHUSSIUS (*Dicaelogicae libri tres, totum et universum ius...*, 1617-18).

Estabelecidos, assim, os axiomas fundamentais e arrumados logicamente no seio de um sistema coerente, tudo está pronto para fazer o sistema caminhar pelos seus próprios meios, sem necessitar do apoio permanente dos textos romanísticos. Por outras palavras: neste estágio da elaboração científica do “sistema jurídico” já é possível utilizar os mecanismos do raciocínio dedutivo, achando a solução jurídica conveniente, não através duma rebuscada “interpretação” dos textos romanísticos, mas através duma especificação dos axiomas jurídicos recém-formulados e que correspondiam também, como se viu, às necessidades normativas da época. Abre-se a época do direito natural racionalista, em que se acredita que os princípios superiores do direito são excogitados pela razão que, ao fazê-lo, revela uma ordem universal de valores e de normas. Mas nós já sabemos que tais princípios não são universais, nem necessários, nem anteriores à actividade intelectual que os descobre; nós sabemos, pelo contrário, que eles correspondem a desígnios normativos exigidos pelas condições sociais e institucionais duma certa época, e que o pensamento jurídico não se limitou a descobri-los mas que os pôs lá, laboriosamente, através de uma árdua tarefa de “interpretação” das fontes romanísticas comandada por históricos desígnios normativos. Se eles, agora, parecem “naturais”, isso só mostra até que ponto a tarefa da sua construção artificial foi conseguida e adequada à mundividência da época.

Atingida, portanto, esta fase de construção sistemática do direito impunha-se uma remodelação do instrumental lógico-conceitual disponível no sentido da sua simplificação, pois as subtilezas da ciência jurídica dos comentadores, além de desnecessárias, tornavam-se opressivas e incómodas. Isto faz com que, num segundo aspecto, a revolução jurídico-científica do séc. XVI se tenha traduzido num repúdio de complicada dialéctica aristotélico-escolástica e numa apologia duma dialéctica jurídica

simplificada, natural, próxima do senso comum. É este o significado de renovado interesse dos juristas do séc. XVI pelas questões de lógica e de dialéctica, apoiando-se, especialmente nas obras de PIERRE DE LA RAMÉE (PETRUS RAMUS)⁽¹⁰³⁵⁾.

Finalmente, foi também possível prescindir do papel disciplinador que a “*opinio communis*” até aí desempenhava. Agora, a tarefa da *Rechtsfindung* era dirigida, com bastante segurança, pelo conjunto de axiomas, logicamente concatenados, do sistema jurídico; a possibilidade de hesitação entre princípios contraditórios, tão comum no sistema ainda incompletamente construído dos comentadores, constituía agora um risco menor.

Deste modo, é possível ir pondo de parte a invocação da “*communis opinio*” e substituindo-a, na sua função disciplinadora, pelos critérios da “razão”, i.é, da lógica interna do sistema jurídico.

14.3.5.2. As escolas jurídicas tardo-medievais e modernas.

Já antes (*supra*, 481) se esboçou o leque de orientações teóricas e metodológicas a que deu origem a crise da ciência jurídica dos comentadores, no decurso do séc. XV, bem como o panorama das escolas jurídicas daí decorrentes.

Importa, agora, dar uma descrição um pouco mais detalhada de cada uma delas.

1) Escola culta, humanista ou “*mos gallicus*”⁽¹⁰³⁶⁾

Sob esta designação são agrupados os juristas que, no século XVI e sobretudo em França (daí “*mos gallicus [iura docendi]*”, por oposição a “*mos italicus [iura docendi]*”, o estilo de discurso e ensino jurídicos tradicionais, dominantes na Itália), se

⁽¹⁰³⁵⁾ Sobre este ponto, V.P. MORTARI, *Dialettica e Giurisprudenza*, etc., 304. Sobre RAMUS, cf. M. VILLEV, *La formation de la pensée juridique moderne...*, cit., 532.

⁽¹⁰³⁶⁾ Sobre a escola humanista, para maiores desenvolvimentos aqui impossíveis dada a economia da obra, v., por todos, F. WIEACKER, *História...*, maxime, 87 ss. e 179 ss. e bibliografia aí citada. Inovador, H.-E. TROJE, *Arbeitshypothesen zum Thema “Humanistische Jurisprudenz”*, “Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 38(1970), 1-66.

propõem reformar a metodologia jurídica dos comentadores no sentido de uma restauração da pureza dos textos jurídicos da antiguidade.

A origem deste movimento de renovação está ligado ao ambiente cultural, filosófico, jurídico e social dos primórdios da Europa moderna. No plano cultural, ele é tributário da paixão pela antiguidade clássica típica do renascimento; o que levava a uma crítica contundente da literatura jurídica tradicional, estilisticamente impura e grosseira, filologicamente ingénua e ignorante do enquadramento histórico dos textos com que lidava.

No plano filosófico, o humanismo jurídico arranca da oposição entre a escolástica medieval, submissa ao valor das autoridades e propensa à consideração da realidade existente (neste sentido, realista) e o neo-platonismo renascentista, crente no poder livre e ilimitado da razão e atraído pelas formas ideais puras.

No plano jurídico, a orientação humanista é facilitada pela progressiva erupção dos direitos nacionais, que libertava o estudo do direito romano dos objectivos prático-normativos e o transformava numa actividade de recorte cada vez mais antiquarista, histórico-literário e teórico.

Finalmente, no plano social, a crítica humanista ao discurso jurídico anterior e aos seus portadores, os juristas tradicionais, constituía o eco erudito duma indesmentível e generalizada antipatia social pela figura do jurista letrado, pedante e hermético, cultivando um estilo de discorrer formalista e arrevesado, bem longe das possibilidades de compreensão e de controle do homem comum.

A partir daqui, o humanismo jurídico vai propor:

a) Uma *depuração histórico-filológica dos textos jurídicos romanos*, que os libertasse, por um lado, da ganga das glosas e comentários medievais, e, por outro, das próprias correcções introduzidas nos textos clássicos pelos compiladores justinianeus (interpolações, “tribonianismos” [de Triboniano, o responsável pela organização do Digesto justinianeus]); este programa pressupunha a combinação do estudo jurídico com o estudo histórico (e filológico), como forma de reencontrar o enquadramento original dos textos jurídicos romanos e, logo, o seu primitivo sentido; e teve como resultado uma série de edições críticas dos textos jurídicos, ainda hoje merecedoras de atenção

(v.g., a edição de *Código Teodosiano*, por Jacob Godofredo; e a do *Corpus Iuris*, por Dionísio Godofredo).

b) Uma tentativa de *construção racional-sistemática do direito*, inspirada filosoficamente no idealismo platónico e procurando refazer uma lendária obra de Cícero, *De iure civili in artem redigendo*, na qual ele teria exposto de forma sistemática o direito romano; esta orientação tanto desembocou numa crítica ao carácter atomista, não metódico e analítico da ciência jurídica dos comentadores, como deu origem a exposições metódicas do direito, quer romano, quer mesmo nacional — como, v.g., as de Hugo Doneau e de Jean Domat (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*); de notar, em todo o caso, que a elaboração destas obras sistemáticas teria sido impossível sem o trabalho de sistematização, já referido (*supra*, 466 ss.) das anteriores escolas medievais.

c) Uma *reforma do ensino jurídico*, que atendesse, antes de tudo, ao texto da lei (e não aos comentários que, sobre ele, a doutrina tivesse bordado) e que procurasse formar o espírito sintético e sistematizador (ou compendiário) dos juristas; o que envolvia uma crítica ao pendor doutrinário (e não “textual”) e analítico do ensino nas universidades tradicionais.

Apesar de contarem com precursores, sobretudo entre os cultores das disciplinas literárias (Policiano e Lourenço Valla), mas também entre os juristas (Alciato, 1492-1550, que ensinou em Bruges, mais tarde tornada no centro da escola, o francês Budé, 1467-1540, o alemão V. Zäsy [Zasius, 1461-1535], o português António de Gouveia [Goveanus, † 1566]), os principais nomes da Escola Culta são franceses: desde logo, Jacques Cujas (*Cujacius*, 1532-1590), professor em Toulouse, Paris e Bruges, autor de uma monumental obra de estudo histórico, filológico e dogmático dos textos romanos; depois, François Hotman (1524-1590), autor de um conhecido trabalho sobre as interpolações justinianeas (*Antitribonianus*, 1574) e teórico do anti-absolutismo (monarcómaco), Hugo Doneau (*Donellus*, 1527-1559), jurista sistemático e dogmático, Duarenus, Brissonius e outros. Com o desfecho das guerras religiosas e a perseguição aos protestantes huguenotes (confissão a que a maioria aderiu)⁽¹⁰³⁷⁾ em França, os humanistas franceses refugiam-se nas universi-

⁽¹⁰³⁷⁾ A opção religiosa dos humanistas não deixou de influir na dificuldade do seu impacto nos países da contra-reforma, como Portugal.

dades holandesas e alemãs, dando origem aí a uma outra geração humanista cuja acção se prolonga até ao século XVIII, da qual fazem parte nomes como os de Vinnius, Voet, Noodt, além do célebre Huigh van Groot (*Grócio*, 1583-1645).

II) Escola do “*usus modernus pandectarum*”⁽¹⁰³⁸⁾.

O humanismo jurídico, condicionado como estava por um sistema de fontes do direito em que o direito romano tivesse perdido a sua vigência prática, não pôde implantar-se duradouramente senão naquelas regiões da Europa em que o direito nacional fosse suficientemente rico e vivaz para regular o grosso das questões. Isto aconteceu na parte norte da França (“pays du droit coutumier”) e — por razões e em circunstâncias algo diferentes — na Holanda. No resto da Europa, porém, a longa tradição romanística confiara ao direito romano e à ciência jurídica tradicional a regulamentação de extensas zonas da vida social, sobretudo no domínio do direito privado.

Aqui, portanto, o impacto da mensagem humanista não pôde ser tão radical. Porém, ela contribui, mesmo assim, para abalar a vigência indiscutida do direito romano e para — conjugada com o novo *pathos* dos Estados modernos — fortalecer a vigência dos direitos nacionais.

Na Alemanha, que costuma ser considerada como o centro desta orientação, o “*usus modernus*” vem pôr em causa a vigência global e preferencial do direito romano, ao contestar o seu fundamento teórico — a *translatio imperii*, ou seja, ideia segundo a qual o direito romano vigoraria na Alemanha em virtude de os imperadores alemães serem os sucessores dos imperadores romanos. Substituindo esta ideia de uma “recepção teórica”, os juristas alemães (antes de todos, H. CONRING, 1606-1618, em *De originis juris germanici*, 1643) criam o conceito de *recepção prática*, segundo o qual a recepção se dera pontualmente, à medida que os príncipes e os tribunais iam fazendo seus uns ou

⁽¹⁰³⁸⁾ Sobre o “*usus modernus*”, v., por todos, F. WIEACKER, *História...*, cit., 225 ss. Para a ciência jurídica espanhola deste período, v., por último, FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid 1980², 298 ss.; para Portugal, v., adiante, 518.

outros princípios e normas do direito romano. Assim, — e como refere F. Wieacker — o direito romano só teria ganho vigência, “norma por norma, por força de uma aplicação prática”, pelo que se deveria “promover, para cada princípio, a comprovação histórica da sua recepção” e se “devia também admitir como possível a marginalização de princípios já recebidos por costumes que os derogassem”.

As consequências do “usus modernus” foram diversas.

Em primeiro lugar, um interesse novo pela história jurídica nacional, dirigida pelo objectivo prático-dogmático de determinar quais os princípios romanísticos recebidos, mas que teve resultados de âmbito muito mais vasto.

Em segundo lugar, uma grande atenção, no plano prático e no plano da construção teórica, pelo direito nacional, que agora passa a ser objecto, tal como o direito romano, de tratamento dogmático. Daí que a legislação nacional, os estilos e praxes de julgar (donde a designação de *praxística*, que se aplica a esta escola) e mesmo os costumes e estatutos locais, passem a ser considerados pelos juristas nos momentos de construção teórica.

Em terceiro lugar, uma maior adequação do ensino jurídico às realidades do direito nacional. Se a tradição universitária dificultou que estas realidades fossem objecto de ensino nas cadeiras “ordinárias”, ela já não conseguiu impedir que, sobretudo em muitas das universidades da Europa central, fossem ministrados “lições privadas” e “catedrilhas” de direito nacional.

Dentre os juristas do “usus modernus” é costume salientar o nome dos alemães B. Carpzov, 1595-1666, G. A. Struve, 1619-1692, S. Stryk, 1640-1710, J.-G. Heineccius, 1618-1741, J.-H. Böhmmer, 1674-1749, A. Leyser, 1683-1752. Mas uma orientação muito semelhante foi a seguida por outros juristas do sul e ocidente da Europa (nomeadamente, portugueses e espanhóis), sobretudo naquelas zonas em que as realidades jurídicas nacionais eram muito vivazes e em que, como na península, a ideia da *translatio imperii* nunca fora aceite; aqui, também, a vigência absoluta e preferencial do direito romano era contestada, com base na própria letra da legislação nacional, e os dados do direito pátrio não deixavam de ser tidos em conta no tratamento dogmático das questões, afastando frequentemente, as normas e princípios do direito romano.

15. A recepção do direito comum em Portugal: direito romano e direito canónico.

Os factores que explicam, em geral, a recepção do direito romano na Europa explicam também, embora com um arranjo próprio, a recepção do direito romano em Portugal.

Não valia, no entanto, para Portugal, a ideia-força de que, sendo o direito romano o direito do Império, ele deveria ser considerado como vigente em todos os territórios submetidos à autoridade do Imperador. Isto porque, desde sempre, os nossos reis recusaram expressa e abertamente a sua submissão ao Imperador (*exemptio imperii*) e afirmaram a plenitude do seu poder temporal (*plenitudo potestatis*)⁽¹⁰³⁹⁾.

No entanto, esta ideia de plenitude de poder, levada até às últimas consequências, produzia um resultado semelhante. Ela apontava, na verdade, para a equiparação entre a dignidade real e a dignidade imperial, consubstanciada no célebre brocardo “*rex est imperator in regno suo*”⁽¹⁰⁴⁰⁾, também presente na nossa literatura jurídico-política medieval (v.g., nas *Siete Partidas*, Part. II, tit. I, l. 88). E, através desta equiparação, à ideia de que o direito romano, como direito do império (“dos imperadores”), devia aplicar-se também como direito interno dos “regna” e, concretamente, do reino de Portugal⁽¹⁰⁴¹⁾.

Por outro lado, a recepção do direito canónico — para que havia condições institucionais mais favoráveis — não deixou de favorecer a difusão dos textos e da dogmática “civilística”, já que entre os dois direitos (“civil” e “canónico”) existia um parentesco apertado.

⁽¹⁰³⁹⁾ Sobre este tema v., por todos, M. DE ALBUQUERQUE, *Portugal e a “iurisdictio imperii”*, Lisboa 1964 (por último, *História das Instituições*, Lisboa 1978, 196 ss.) e para a península ALFONSO OTERO, *Sobre la “plenitudo potestatis” y los reinos hispanicos*, em “An. hist. Der. Esp.”, 34 (1964).

⁽¹⁰⁴⁰⁾ Sobre este brocardo, v., por todos, F. WIEACKER, *História...*, cit., 78¹ e bibl. aí citada.

⁽¹⁰⁴¹⁾ Como nota N. E. GOMES DA SILVA (em *História...*, cit., 287) é esta ideia de continuidade e parentesco entre o império e os reinos que permite a D. Dinis invocar, numa lei de 1305, a autoridade do direito romano e a ligação da tradição jurídica nacional à tradição jurídica imperial — “ca seede certos que de dreyto antigo, e das *leys dos enperadores que ante nos forom* nenhuu homem de concelho nom pode seer cavaleiro nem aver honrra de cavalaria, senom per seu rey ou per seu filho”.

A primeira notícia do conhecimento, entre nós, dos textos das escolas romanistas europeias, é constituída pela presença, entre os bens legados pelo bispo do Porto, Fernando Martins, de volumes do *Corpus iuris civilis*, na sua sistematização medieval (“mando Portucalensi Ecclesiae decreta mea et *institutiones* et *autenticam* et *novellam* sicut sunt in uno volumine et *sumam* decretorum et *institutionum* et *codicis* siti in alio volumine... Mando Bracharensi Ecclesie *codicem* meum et *digestum vetus* et *novum* in tres partes cum *inforciato*...”⁽¹⁰⁴²⁾). Assim, não é de estranhar que, nas próprias leis da cúria de 1211, haja traços que podem ser imputáveis à influência do direito romano renascido — directamente ou por intermédio do direito canónico — sobretudo em matéria processual⁽¹⁰⁴³⁾. Na legislação posterior, no entanto, essa influência é já indesmentível, embora não exista um estudo detalhado das suas manifestações⁽¹⁰⁴⁴⁾. Seja como fôr, o certo é que a força do direito romano era já de tal ordem que, a partir do início do séc. XIV, a sua não aplicabilidade carecia de ser expressamente determinada⁽¹⁰⁴⁵⁾.

A fundação da Universidade dionisiaca constitui um novo e importante factor de difusão entre nós do direito romano (e, também, do direito canónico), pois, logo desde a fundação, aí se instituem cadeiras de direito civil e canónico⁽¹⁰⁴⁶⁾, o que permite

⁽¹⁰⁴²⁾ *Censual do Cabido da Sé do Porto*, Porto 1924, 385-6. Documentos deste género são hoje fontes preciosas para o conhecimento da cultura medieval, já que os livros (como bens valiosos) são aí cuidadosamente arrolados e identificados. Cf., com utilização deste tipo de pesquisa, M. J. ALMEIDA COSTA *Para a história da cultura jurídica medievla em Portugal*, em “Bol. Fac. Dir. Coimbra”, 35(1959); também, DOMINGOS DE PINHO BRANDÃO, *Teologia, filosofia e direito na diocese do Porto nos séculos XIV e XV*, em “*Studium generale*”, 7(1960) 242 ss.; ISAÍAS DA ROSA PEREIRA — *Livros de direito em Portugal na idade média*, em “*Lusitania sacra*”, 7(1964/6) — faz um exaustivo levantamento de todas as referências conhecidas a livros de direito. Outra bibliografia em N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 297 n. 1.

⁽¹⁰⁴³⁾ Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., I, 113 ss.; discussão da questão em N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 287/8.

⁽¹⁰⁴⁴⁾ Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., I, 115 ss.

⁽¹⁰⁴⁵⁾ Cf. exemplos em N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 289 n. 1.

⁽¹⁰⁴⁶⁾ Na bula papal que sanciona a fundação (9 de Agosto de 1290), Nicolau IV autoriza a criação de uma licenciatura em direito civil e canónico (*Livro verde da Universidade de Coimbra*, Coimbra 1940, 4); em 1309, na carta que é considerada como o primeiro estatuto (em sentido próximo do moderno) da Universidade, D. Dinis — além de instituir dois lugares de lentes de direito

que a Universidade portuguesa passe a colaborar com as de Salamanca, Bolonha e Toulouse (sobretudo)⁽¹⁰⁴⁷⁾ na formação dos nossos oficiais-juristas da corte e dos tribunais.

No entanto, esta expansão dos direitos cultos (canónico e romano) não se processava sem estrangulamentos e tensões.

O principal estrangulamento era constituído pela inexistência e difícil constituição de um corpo de juristas letrados, capazes de assegurar a aplicação do direito erudito, não só na corte, mas também nos tribunais locais. Esta circunstância — a que já antes nos referimos — explicava que o novo direito comum dominasse rapidamente a prática jurídica do tribunal e dos órgãos administrativos da corte, mas penetrasse com dificuldade na vida jurídica local que, durante muito tempo, continuou a processar-se

canónico (*in decretis* e *in decretalibus*) — institui um outro de direito romano (*in legibus*) a fim de instruir os juizes do reino na resolução das árduas questões do direito: “judices nostri regni consilio peritorum derimere valeant subtilles et arduas questiones”, cf. *Livro verde...*, cit., 21. Sobre o assunto, além das obras gerais sobre a Universidade portuguesa, M. J. ALMEIDA COSTA, *Leis, cânones, direito, Faculdades de*, em “Dic. hist. Port.” e N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 323 ss. Note-se que as *Siete Partidas* (Part. II, tit. 31, l. 3) dispunham que os estudos de direito civil e canónico deveriam ser necessariamente incluídos nos estudos universitários.

⁽¹⁰⁴⁷⁾ Sobre o papel das universidades estrangeiras na formação dos nossos juristas, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *João das Regras e outros juristas portugueses na Universidade de Bolonha (1378-1421)*, em “Rev. Fac. Dir. Lisboa” 12(1958) 223-53; *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas*, “Scientia iuridica” 29(1980) e bibl. aí cit. nas n. 20 ss.; A. GARCIA Y GARCIA, *Estudios sobre la canonística portuguesa medieval*, Madrid 1976; A. DOMINGUES DE SOUSA COSTA, *Portugueses no Colégio de S. Clemente durante o séc. XV*, “*Studia Albornotiana*”, 13(1973), 213 ss.; LUIS DE MATOS, *Les portugais à l'université de Paris entre 1500 et 1550*, Coimbra 1950; *Les portugais en France au XVIe. siècle*, Coimbra 1952; JOAQUIM V. SERRÃO, *Portugueses no estudo de Toulouse*, Coimbra 1954; *Les portugais à l'Université de Montpellier. XIIe.-XVIIe. siècles*, Paris 1971; *Contribuição para o estudo dos portugueses na Universidade de Alcalá (1509-1640)*, “Rev. port. hist.” 17(1977), 37 ss.; PETER RUSSELL, *Medieval portuguese students at Oxford University*, em “Aufsätze zur portugiesischen Kulturgeschichte”, Münster 1960, vol. I, 183-91; ARMANDO DE JESUS MARQUES, *Portugal e a universidade de Salamanca. Participação de escolares no governo do Estado*, Salamanca 1980. Sobre João das Regras, um dos nossos mais famosos juristas medievais, para além de CARLOS OLAVO, *João das Regras*, Lisboa [1941], N. E. GOMES DA SILVA, *João das Regras...*, cit. e *O Chanceler João das Regras, prior da Igreja da Oliveira, em Guimarães*, “R.F.D.L.”, 25(1974).

segundo o direito costumeiro ou as reminiscências romanísticas do *Liber iudicum* e da *Lex romana visigothorum* ⁽¹⁰⁴⁸⁾.

Não era, no entanto, este estrangulamento o único facto responsável pela dificuldade de implantação do direito comum a nível local. O seu antagonismo em relação aos direitos locais, aos foros e privilégios das populações nobres ou vilãs, constituía outro obstáculo, de que algumas fontes da época nos dão testemunho ⁽¹⁰⁴⁹⁾. Neste sentido, a recepção do direito comum ultrapassava a natureza de um fenómeno estritamente jurídico, e ganhava a dimensão de uma questão política, na qual aparecia também englobado a questão da substituição dos juizes locais pelos juizes régios ⁽¹⁰⁵⁰⁾ ⁽¹⁰⁵¹⁾.

É neste plano da vulgarização e “hispanização” do direito comum que adquirem grande relevo entre nós algumas obras doutrinárias e legislativas castelhanas em que as soluções do direito comum, não só são vertidas em língua castelhana, como são confrontadas e compatibilizadas com as soluções tradicionais dos direitos hispânicos ⁽¹⁰⁵²⁾. São elas: por um lado, as *Flores de derecho* (ou *Flores de las leys*), o *Doctrinal de los pleytos* e os *Nueve tiempos del juicio*, de JÁCOME RUIZ (Mestre JACOB DAS LEIS) ⁽¹⁰⁵³⁾, obras de direito processual — domínio em que sobretudo incidirá, nesta fase, a influência do direito comum (explicando as profundas reformas da ordem processual

⁽¹⁰⁴⁸⁾ Sobre a diversidade entre o direito da corte e o direito local, cf. os exemplos dados por N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit. 290 n. 2. Em sentido paralelo ao do texto, H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., I, 118 e 121. Com mais detalhes, v., antes, 271 ss.

⁽¹⁰⁴⁹⁾ V. exemplos em N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 309 ss.

⁽¹⁰⁵⁰⁾ A inexistência de um estudo sistemático sobre as consequências normativas da “recepção” impedem-nos de avaliar perfeitamente o significado político deste fenómeno: isto é, as consequências da “recepção” no plano do sistema de poder medieval.

⁽¹⁰⁵¹⁾ Sobre o enquadramento sociológico do confronto do direito romano com os direitos locais e tradicionais, v., *supra*, 268 ss.

⁽¹⁰⁵²⁾ Sobre estas obras e sua influência em Portugal, v. hoje, por todos, a síntese erudita de G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 195 ss.

⁽¹⁰⁵³⁾ A versão portuguesa das *Flores de derecho* — a que nos referiremos abaixo — está publicada por M. PAULO MERÊA na “Rev. Univ. de Coimbra”, 6(1917) 343 ss.; cf., do mesmo autor, *A versão portuguesa das “Flores de las leys” de Jácome Ruiz*, *ibid.*, 5(1916) 444 ss. (ou em *Estudos de história do direito*, cit., 45 ss.); a tradução portuguesa dos *Nueve tiempos...*, encontra-se em *Collecção de livros inéditos...*, cit., V e P.M.H., *Leg. et cons.*, I, 330-2.

constantes da legislação post-dionisíaca) —, e que se supõe terem influenciado a prática processual portuguesa, a ponto de se encontrarem transcritas, em português, num código que reúne outras fontes de direito geral e local trecentista ⁽¹⁰⁵⁴⁾; depois, o *Fuero Real* (c. 1252) — estatuto municipal tipo, mandado compor por Afonso X para as cidades que carecessem de *fuero* (mas que não chegou a vigorar) ⁽¹⁰⁵⁵⁾; finalmente, as *Siete Partidas*. São, sobretudo, as *Partidas* — (terceira) reelaboração doutrinal (feita c. 1300) do “*Fuero Real*” — que, em Portugal como em Castela, exercem uma influência mais profunda e continuada, tendo sido conhecidas, traduzidas e aplicadas em Portugal, a partir dos fins do séc. XIII, como direito subsidiário ⁽¹⁰⁵⁶⁾.

As *Siete Partidas* (nome que deriva do facto de serem divididas em sete partes) constituem uma obra primordialmente destinada ao ensino do direito; no entanto, adquirem formalmente a dignidade de direito subsidiário em 1348 (Cortes de Alcalá de Henares) ⁽¹⁰⁵⁷⁾; nas *Partidas*, as soluções jurídicas propostas — quase todas

⁽¹⁰⁵⁴⁾ Trata-se dos “Foros da Guarda”, código do Arq. Nac. da Torre do Tombo. Cf., M. PAULO MERÊA, *A versão portuguesa...*, cit., 62-3.

⁽¹⁰⁵⁵⁾ Sobre o *Fuero real*, v. A. GARCIA-GALLO, *Manual de história del derecho*, cit., I, 394; também o *Fuero real* foi traduzido para português, nos fins do século XIII, encontrando-se incluído no mesmo Código do A.N.T.T.; v. ALFREDO PIMENTA, *Fuero real de Afonso X, o Sábio. Versão portuguesa do século XIII*, Lisboa 1946.

⁽¹⁰⁵⁶⁾ Sobre a influência das *Siete Partidas* em Portugal, v. — com exemplos impressionantes, sobretudo o da carta régia de D. Pedro (1361) em que este censura o conservador da Universidade de Coimbra por se ater exclusivamente ao direito “das Partidas” (com desprezo do direito comum agora alegado pelos estudantes) no julgamento dos pleitos que perante ele eram trazidos pelos estudantes ou a queixa do braço do clero nas cortes de 1361 de que os juizes desprezavam a aplicação subsidiária do direito canónico, trocando-o pelas *Siete Partidas* — G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, 200 ss. e N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 292 ss.; H. DA GAMA BARROS (em *História...*, cit., I, 127 n. 1) indica alguns pontos das *Ord. Af.* influenciados pelas *Partidas*. Existem vários fragmentos das *Siete Partidas* traduzidos para português; edição de um deles: *Alphonse X. Primeyra Partida. Édition et étude* de JOSÉ DE AZEVEDO FERREIRA, Braga 1980.

⁽¹⁰⁵⁷⁾ Sobre as *Siete partidas*, v., por todos, A. GARCIA-GALLO, *El libro de las leys de Afonso el Sábio*, em “Anuario de hist. del der. esp.” 21-2(1951-2) 345 ss. e *Manual...*, cit., 398 ss. Edição moderna: (G. LOPEZ), *Las siete partidas del abio Rey on Alonso el Nono, nuevamente glosadas por...*, Salamanca 1555 e Madrid 1974, reproduzindo a edição clássica (1555), glosada pelo jurista Gregório Lopez.

fortemente influenciadas pelo direito comum — são justificadas com argumentos tirados da dogmática romanística, da filosofia antiga — Aristóteles, Séneca, Boécio — ou da teologia — S. Tomás de Aquino.

A difusão das soluções normativas do direito comum através da literatura jurídica castelhana constitui a primeira fase da recepção entre nós do direito comum, na sua versão “hispanizada”. A partir daqui, estas soluções vão pesar decisivamente sobre o direito nacional, ou influenciando a nova legislação real — foi o que aconteceu no domínio do direito processual, onde as reformas judiciais e processuais dionísias e afonsinas seguem de perto os modelos romano-canónicos — ou vigorando, a título de direito subsidiário, para as matérias não reguladas pelo direito nacional⁽¹⁰⁵⁸⁾.

O conhecimento dos ritmos e das formas desta integração do direito nacional no grande continente do “direito comum” europeu não se pode, ainda hoje, dar por completo; à parte as indicações de H. DA GAMA BARROS (e, antes dele, de JOSÉ VIRÍSSIMO ÁLVARES DA SILVA, *Introdução ao novo código ou dissertação crítica sobre a principal causa da obscuridade do nosso código autentico*, Lisboa 1780) e outras indicações dispersas em trabalhos monográficos, não está ainda identificada a influência do direito comum sobre as soluções normativas concretas vasadas nos estatutos municipais mais tardios, bem como na nossa legislação trecentista e quatrocentista⁽¹⁰⁵⁹⁾.

A segunda fase da recepção (a partir da segunda metade do séc. XIV) é caracterizada, já, pela influência directa dos próprios textos romano-canónico⁽¹⁰⁶⁰⁾. Dois sinais da mudança, aparecem-nos, por coincidência, em 1361: um deles é constituído pela já citada carta de D. Pedro ao conservador da Universidade,

⁽¹⁰⁵⁸⁾ É a opinião comum; cf., por todos, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 199 e 202; já a existência de uma tradução oficial das *Siete Partidas*, mandada fazer por D. Dinis, parece não ter fundamento (*ibid.*, 200).

⁽¹⁰⁵⁹⁾ As indicações de G. DA GAMA BARROS aparecem em *História...*, cit., I, 113 ss. As falhas da historiografia jurídica espanhola neste domínio não podem senão dificultar a tarefa; falta ainda hoje, v.g., uma edição crítica *Siete Partidas*; tal como, entre nós, esse trabalho não está feito para as *Ordenações Afonsinas*.

⁽¹⁰⁶⁰⁾ Inclinando-se para uma periodização deste tipo, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 204/5.

censurando-o por ele, nos pleitos que lhe eram apresentados, apenas aceitar as alegações fundadas nas *Siete Partidas*, recusando as que os estudantes lhe apresentavam fundadas “nos seus livros” (i.é, nos textos romano-canónicos ensinados na Universidade)⁽¹⁰⁶¹⁾; outro é constituído pelo agravamento do clero, nas cortes de Elvas, de que os juizes reais desprezavam o direito canónico em benefício das *Siete Partidas*⁽¹⁰⁶²⁾.

Agora, a tensão não era já tanto entre o direito nacional (ou local) e o direito comum, mas entre duas versões deste último — a sua versão “hispanizada” e a sua versão transpirenaica, agora porventura mais conhecida dos juristas, formados na Universidade portuguesa ou nas da vizinha Castela (nomeadamente, Salamanca).

Apesar de tudo, o problema da impreparação dos juristas subsistiu durante o resto do séc. XIV e a primeira metade do séc. XV, obrigando a que, no termo do primeiro quartel deste último século (c. 1424), D. João I tenha mandado fazer uma tradução oficial do *Código de Justiniano*, com a respectiva *Glosa de Acúrsio* e *Comentário de Bártolo*, tradução a que teria sido dada a força de direito subsidiário⁽¹⁰⁶³⁾⁽¹⁰⁶⁴⁾.

À recepção do direito comum — bem como o crescente fluxo legislativo da baixa idade média — vem, no entanto, criar problemas novos na prática jurídica. Não apenas o problema da

⁽¹⁰⁶¹⁾ Cf., por todos, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 202 n. 37 e bibl. aí cit.

⁽¹⁰⁶²⁾ G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 204 n. 38 e N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 316.

⁽¹⁰⁶³⁾ A realização desta tradução e o seu valor normativo estão hoje razoavelmente averiguados, depois de uma discussão de duzentos anos. As chaves solução foram três documentos publicados no século passado, mas só recentemente valorizados — a chamada “Carta de Bruges” do Infante D. Pedro (1425 ou 1426), um alvará de D. Duarte de 19.4.1425 e uma carta régia de 18.4.1426; sobre o assunto, sintetizando, com minúcia, toda a discussão, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 207 n. 44; v., também, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 339 ss.; e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo e bartolismo na história do direito português*, “BMJ” 304 (1981) 20 ss. O carácter subsidiário da vigência dos textos de direito comum não ressalta muito claramente das fontes; cf., no entanto, as conclusões (não muito impressivas) de G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 212 n. 44 e 217 n. 50.

⁽¹⁰⁶⁴⁾ Quanto às Decretais, já estavam traduzidas, pelo menos, em 1359. Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 207 n. 43.

impreparação técnica dos juizes, a que já nos temos referido, mas também o problema da *insegurança do direito*, a que ainda voltaremos. Na verdade (cf., *supra*, 446 ss.), o direito comum era já, no início do séc. XV, um acervo doutrinal imenso que, apesar de parcialmente sistematizado e unificado pelos monumentais trabalhos de síntese de Acúrsio e de Bártolo, não deixava de conter muitas opiniões divergentes. Guindado este direito a fonte subsidiária do direito nacional, estas *antinomias* — agravadas pelas dificuldades de interpretação de textos escritos numa língua estranha — podiam fazer mergulhar a prática jurídica na indecisão, na perplexidade e na insegurança.

Daí que um dos objectivos claramente presentes na política dos primeiros reis da dinastia de Aviz acerca do direito seja o de amarrar os juizes a uma interpretação unívoca e certa do direito, estabelecendo uma hierarquia entre as várias fontes do direito comum e, nos casos em que estas fossem indecisas ou obscuras, a um padrão obrigatório de decisão.

A primeira das medidas destinadas a orientar e a disciplinar a jurisprudência (tomada antes de 19.4.1425) terá sido a de obrigar os juizes a julgar (provavelmente apenas no caso de falta de direito nacional expreso) segundo as disposições do *Código de Justiniano*, na interpretação dada pela *Glosa de Acúrsio*, concretizando-se ainda que, quando nesta se tivessem recolhido opiniões diversas, a decisiva seria a conclusão final do próprio Acúrsio⁽¹⁰⁶⁵⁾. Segundo a opinião corrente, teria sido também atribuída (num segundo momento) força vinculativa aos comentários de Bártolo sobre o Código, embora me pareça preferível a interpretação de que a determinação na mesma ocasião (antes de 19.4.1425) tomada sobre Bártolo foi apenas a de conferir valor oficial a uma tradução então feita do seu *Comentário sobre o Código*⁽¹⁰⁶⁶⁾.

⁽¹⁰⁶⁵⁾ "...pelas intenções finaaes das grossas de sua final enteçom dacursio que sobrello escrepveo, ora fosse per hua grosa ou per duas ou per tres ou mais segundo he escripto nos livros..." (C.R. de 18.4.1426, transcrita em N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 339 ss.; aí se pode encontrar uma exegese detida de todo o texto, não coincidente com a opinião emitida na nota seguinte).

⁽¹⁰⁶⁶⁾ O texto da carta régia citada parece denotar contemporaneidade (num momento já passado — "*bem sabees o tralado que nos tomamos...*") entre as determinações sobre a *Glosa de Acúrsio* e os *Comentários de Bártolo*. Porventura, estas determinações poderiam estar ambas contidas no "proemio do

Finalmente — e é esta a *nova* determinação da carta régia de 18.4.1426 —, dada a obscuridade da própria tradução dos citados textos do direito comum, o rei ordena que se faça um resumo

bartallo", referido no alvará de 19.4.1425 ("a pena que he scripta no proemio do bartallo per que percam os beens os juizes e procuradores que julgarem e procurarem fora daquello que ell [o "proémio", e não "bartallo", segundo creio] hordena ...", cit. N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 344). O problema que então surge é o de compatibilizar a ordem dada de obedecer a dois textos (*Glosa de Acúrsio* e *Comentário de Bártolo*) eventualmente discordantes e que o texto da Carta Régia (ao contrário do que farão, mais tarde, as *Ord.Af.*) não hierarquiza. Há, no entanto, uma interpretação dos textos que resolveria esta contradição. As determinações relativas à *Glosa de Acúrsio* e ao *Comentário de Bártolo* não teriam o mesmo conteúdo: em relação à *Glosa*, dava-se-lhe força vinculativa, conforme resulta claramente da C.R. de 18.4.1426; já quanto ao *Comentário de Bártolo*, apenas se procede a uma sua tradução "autêntica" ("leitura de bartallo", C.R. de 18.4.1426), proibindo-se a utilização do texto original ou de outras traduções. Na verdade — no que respeita a Bártolo — é apenas isto que é dito na C.R. de 18.4.1426 ("e esto quissemos que as conclusões de bartallo, que de sobellas lei do codigo ffez, que estas sejam *autenticadas*"). Com esta interpretação são também compatíveis os restantes textos normalmente invocados: na verdade, o alvará de 19.4.1425 não estabelece penas para os juizes que se afastaram do texto de Bártolo, mas para os que se afastaram do texto da determinações (cf. "hordena", expressão manifestamente exagerada se aplicada a uma obra doutrinal) do "proémio" que o rei tinha mandado antepor à [tradução da, sabemo-lo pela Carta "de Bruges"] obra [*Comentário sobre o Código*, sabemo-lo pela C.R. de 18.4.1426] de Bártolo; quanto à referência feita na "carta de Bruges" do Infante D. Pedro (cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 342), o que ela parece referir mais directamente é, precisamente, a realização de uma tradução *oficial* (e só neste sentido vinculativa) e não o estabelecimento do carácter decisório dos comentários de Bártolo. Os textos aqui citados, bem como a interpretação usual deles feita, pode conferir-se em N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 339 ss.; G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 207 n. 44 e 212 n. 45 e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo...*, cit., 20 ss., este autor defendendo a opinião, mais radical, de que as obras de Acúrsio e Bártolo seriam fontes imediatas de direito; a sua opinião funda-se, no entanto, quase exclusivamente num elemento muito controverso de prova, qual seja o carácter legislativo do chamado "Regimento da Casa Suplicação" publicado no vol. III da *Collecção de livros inéditos de história portuguesa*, p. 595-612, nomeadamente da sua "segunda parte" (? ou texto autónomo?) — as "*allegationes generales...*"; v., agora, a posição crítica de MARCELLO CAETANO, *História...*, cit., 485 n. 1; de resto, em termos de história jurídica comparada, a situação não deixaria de ser algo anacrónica. Outra coisa é supor a existência de uma prática *abusiva* de antepor o direito comum ao direito nacional; a isso se refere a generalidade dos autores e disso poderão ser testemunho as referidas "*allegationes*", para nós provavelmente apontamentos particulares de um julgador.

JACOBI CUJACIJ

J. C. PRÆSTANTISSIMI
OPERA OMNIA
IN DECEM TOMOS DISTRIBUTA

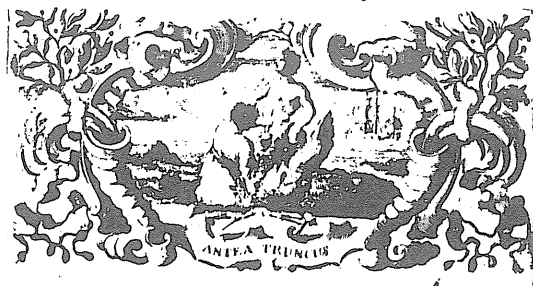
*Quibus continentur tam Priora, sive quæ ipse superstes edi curavit;
quam Posteriora, sive quæ post obitum ejus edita sunt; jam à
CAROLO ANNIBALE FABROTO J. C. disposita.*

ACCESSERE in hac novissima Editione ab eruditissimo Viro græcorum
Versio locorum hætenus ab omnibus desiderata;

INDEX locupletissimus, ac perpetuus omnium omnino rerum, quæ his
Operibus continentur;

PRÆTEREA dissertatio EMUNDI MERILLII, & Interpretatio ab eodem
facta Variantium ex CUJACIO observatarum, quæ per totum
opus suo quæque loco variante notantur;

POSTREMO Controversiæ IOANNIS ROBERTI ejusdemque Notæ in
Responsiones à CUJACIO nomine ANTONII MERCATORIS
editas; quæ majori Eruditorum commodo in ipsis
Observationibus afferuntur, studio & diligentia
LIBORJ RANII J. C. Neap.



NEAPOLI
Typis ac Sumptibus Michaelis Aloyfii Mutio,
SUPERIORUM LICENTIA,
ET PRIVILEGIO PER DECENNIVM.
M. DCC. XXII.

Fig. 12 — Rosto duma edição setecentista das obras de Cujácio.



Fig. 13 — Retrato de Cujácio que acompanha a edição referida na figura 00.

interpretativo de cada um deles e que, por esse resumo (e não pelo original), julguem os desembargadores os feitos que houverem de decidir. A fim de garantir a razoável publicidade desta versão “nacionalizada” do Código justiniano com a sua interpretação “comum”, o rei ordena que os livros em que ela se contém⁽¹⁰⁶⁷⁾ estejam patentes na Câmara de Lisboa.

Este esforço para disciplinar a interpretação e aplicação do direito comum⁽¹⁰⁶⁸⁾ tem o seu remate nas disposições das *Ordenações Afonsinas*, 1446-7, *Manuelinas*, 1513/4-21, *Filipinas*, 1064) sobre o direito subsidiário, que passaremos a referir.

Nas *Ordenações Afonsinas* (1446-7)⁽¹⁰⁶⁹⁾, começa-se por se estabelecer claramente o princípio de que o direito comum era apenas *subsidiário* — e que, portanto, “quando alguu caso for trazido em pratica, que seja determinado por alguma Ley do Regno, ou estillo da nossa Corte, ou costume dos nossos regnos antigamente usado, seja por elles julgado, e desembargado finalmente, nom embargante que as Leyx Imperiaaes acerca do dito caso ajam desposto em outra guisa, porque onde a Ley do Regno dispoem, cessam todalas outras Leyx, e Direitos...” (Liv. 2, tit. 9)⁽¹⁰⁷⁰⁾. Só então, na falta de direito nacional, se applicava o

⁽¹⁰⁶⁷⁾ Note-se que estes dois livros eram — tal como a tradução de Bártolo referida no alvará de 19.4.1425 — antecedidos de um proêmio dispositivo que desenvolvia o texto da C.R. de 18.4.1426. Infelizmente não o conhecemos, pois nele poderiam estar as respostas para muitas das dúvidas aqui levantadas.

⁽¹⁰⁶⁸⁾ Também no domínio da interpretação e aplicação do direito nacional existia igual preocupação. A ela responde a iniciativa da codificação do direito pátrio de que trataremos no capítulo das “fontes do direito” desta época.

⁽¹⁰⁶⁹⁾ Sobre a elaboração das *Ord. Af.* v. adiante o capítulo respectivo e N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 348 ss. e G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit..

⁽¹⁰⁷⁰⁾ A única ed. impressa das *Ordenações Afonsinas* é a da *Collecção de legislação antiga e moderna do reino de Portugal: Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*, Coimbra-Imprensa da Universidade 1792 (ed. ao cuidado de L. J. CORRÊA DA SILVA, professor da Universidade, que a antecede de um importante prefácio); nesta ed., o texto cit. vem a p. 161-2 do II vol. Como refere G. BRAGA DA CRUZ (ob. cit., 218 n. 50), a veemência dada à afirmação do carácter supletivo do direito comum pode indiciar uma anterior prática (abusiva) em contrário decorrente, nomeadamente, de a C.R. de 18.4.1426 (e, possivelmente, o “proêmio do bartallo” referido no alvará de 19.4.1425) não ter referido com suficiente nitidez o carácter subsidiário da aplicação do Código e sua interpretação acursiana e bartolista.

direito comum (i.é, o direito romano, “Leyx Imperiaaes” e o direito canónico, “Santos Canones”).

É então que surge o problema das antinomias dentro do corpo do direito comum e a necessidade de disciplinar a sua interpretação e aplicação. A delimitação das esferas relativas dos direitos romano e canónico é feita através do “critério do pecado” — ou seja, no caso de conflito entre os dois direitos, o direito canónico só preferiria o direito civil quando da aplicação deste resultasse pecado (v.g., prescrição aquisitiva de má fé)⁽¹⁰⁷¹⁾.

Quanto às antinomias ocorrentes na doutrina romanística das escolas medievais — a que as *Ordenações* mandavam recorrer na falta de texto romano ou canónico expresso —, elas eram resolvidas atribuindo valor decisivo à *Glosa de Acúrsio* e, na insuficiência desta, à *opinião de Bártolo*⁽¹⁰⁷²⁾. Finalmente; se o

⁽¹⁰⁷¹⁾ “E acontecendo, que acerca de tal caso as Leyx Imperiaaes sejam contrairas aos Canones, mandamos que assy nas cousas temporaaes, como espirituuaes, se guardem os Canones, se o caso tal for, que guardando as Leyx Imperiaaes traga pecado; ... [segue-se um exemplo — o da prescrição extintiva] ...; e por tanto convem que em tal caso, e em outro semelhante se guarde o Direito Canonico, e non o Direito Imperial: e no caso temporal, que a guarda das Leyx Imperiaaes nom traga pecado, ellas devem seer guardadas, nam embargante que os canones sejam em contraira desposiçom” (cfr. loc. cit.). Sobre o critério “do pecado” v., *supra*, 450 ss.; sobre o sistema de fontes de direito subsidiário nas *Ordenações Afonsinas*, cf. G. BRAGA DA CRUZ, loc. cit.; N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 348 ss.; JOSÉ A. DUARTE NOGUEIRA, *Algumas reflexões sobre o direito subsidiário nas Ordenações Afonsinas*, “R.D.E.S.” 24(1980); MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo...*, cit., 36 ss. (este último repondo, a meu ver com razão, a opinião tradicional sobre a matéria, anteriormente problematizada por J. A. Duarte Nogueira); N. E. GOMES DA SILVA, *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas*, “Scientia iuridica” 29(1980) (inclinando-se, também, para o ponto de vista tradicional).

⁽¹⁰⁷²⁾ “E se o caso, de que se trata em pratica, nom fosse determinado por Ley do Regno, ou estillo, ou costume suso dito, ou Leyx Imperiaaes, ou Santos Canones, entom mandamos que se guardem as grosas d’Acursio encorporadas nas ditas Leyx. E quando pelas ditas grosas o caso nom for determinado, mandamos, que se guarde a opiniom de Bartholo, no embargante, que os outros Doutores diguam o contrairo; porque somos bem certo que assy foi sempre usado, e praticado em tempo dos Reyx meu Avoo, e Padre da gloriosa memoria; e ainda nos parece, pelo que ja algumas vezes vimos, e ouvimos a muitos Leterados, que sua opiniom comunalmente he mais conforme aa razom, que a de nenhum outro Doutor; e em outra guisa seguir-sia grande confusom aos Desembargadores, segundo se mostra per clara esperiencia...” (loc. cit., p. 162-3). Deste texto retira G. BRAGA DA CRUZ um argumento favorável à tese de

caso fosse de todo em todo omissa, recorrer-se-ia ao monarca (entenda-se, ao tribunal da corte), que integraria a lacuna.

Na versão definitiva das *Ordenações Manuelinas* (1521)⁽¹⁰⁷³⁾, este regime sofre algumas alterações. A primeira diz respeito à definição do âmbito respectivo de aplicação dos direitos romano e canónico: aqui, o critério “do pecado” ganha uma relevância geral, valendo mesmo para o domínio espiritual, o que equivale a uma expansão da aplicabilidade do direito romano nos tribunais civis (só a esses se referiam as *Ordenações*)⁽¹⁰⁷⁴⁾. Quanto às antinomias da doutrina do direito comum — a que continuava a

que, já no tempo de D. João I a opinião de Bártolo gozava de força decisória. O texto parece-me, pelo contrário, confirmativo da tese (antes avançada) de que só agora ela adquire tal força. Note-se, em primeiro lugar, a preocupação de justificar a determinação tomada acerca de Bártolo (sobretudo em confronto com a ausência de qualquer justificação em face de idêntica determinação quanto a Acúrsio); depois, a referência feita acerca da situação no tempo de D. João I e D. Duarte é a de que era “usado, e praticado” seguir a opinião de Bártolo (e não que isso for “determinado” ou “ordenado”). De resto não é de conceder demasiado crédito a este tipo de frases; na edição de 1514 das *Ordenações Manuelinas*, a frase mantém-se (“porque somos certo que assy foy sempre nestes regnos usado: & praticado”) ...mas atestando uma prática oposta — a de que a opinião de Bártolo cederia perante a opinião comum dos doutores. Acrescente-se, ainda, que esta dualidade de tratamento entre a obra de Acúrsio e a de Bártolo (a que, no entanto, as *Ordenações Afonsinas* terão posto termo) era a corrente em Itália, onde a *Glosa de Acúrsio* foi alguma vez mandada aplicar subsidiariamente (*Estatutos de Verona de 1393*), mas não a obra de Bártolo. Cf., sobre este ponto, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 342 e 360 (notas).

⁽¹⁰⁷³⁾ Faremos, adiante, uma referência ao problema das edições das *Ordenações Manuelinas*. Sobre o regime do direito subsidiário na versão de 1513, que seguia ainda de muito perto o das *Ordenações Afonsinas*, v. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 238 ss.

⁽¹⁰⁷⁴⁾ “... E quando a caso de que se trahta nom for determinado por Ley, Estilo, ou Costume do Reyno, Mandamos que seja julgado, sendo materia que tragua pecado, por os Santos Canones; e sendo materia que nom tragua pecado, Mandamos que seja julgado polas Leys Imperiaes, posto que os Sacros Canones determinem o contrairo, as quaes Leys Imperiaes Mandamos soamente guardar pola boa razam em que sam fundadas” (Liv. 2, tit. 5, ed. *Collecção da legislação antiga e moderna do reino de Portugal*, Coimbra-Imprensa da Universidade, 1797 — ed. cuidada e prefaciada pelo professor da Universidade F.X. de OLIVEIRA MATTOS). Esta última justificação da vigência do direito romano tem em vista realirmar a *exemptio imperii* preocupação que, todavia, aparecia mais nítida nas *Ordenações Afonsinas* (“a qual [obediência] não devemos em nenhuu caso aos Emperadores, de que as Leyx Imepriaes procedem”).

recorrer-se na insuficiência dos direitos romano e canónico — reafirma-se o valor decisivo da Glosa de Acúrsio e, sendo esta omissa, da opinião de Bártolo, *salvo se a opinião comum dos doutores lhes fosse contrária*. O que, em termos gerais, significa o intento — doutrinariamente pouco coerente, é certo, mas realiticamente eficaz — de desamararr a doutrina de uma autoridade historicamente fixa (Bártolo, Acúrsio) e a ligar a uma outra (a “opinião comum”) capaz de evoluir e assumir as novas necessidades normativas⁽¹⁰⁷⁵⁾.

São estas também, na substância, as determinações das *Ordenações Filipinas* (1603) a este respeito⁽¹⁰⁷⁶⁾, embora, pela sua colocação — não no livro II, a propósito das relações entre o poder temporal e o poder espiritual, mas no livro III, a propósito do direito aplicável na lide —, se note que a questão ganhava, finalmente, uma dimensão claramente “jurídica”⁽¹⁰⁷⁷⁾.

16. O Humanismo Jurídico em Portugal. Introdução.

Vimos atrás (supra, 479 ss.) que, em geral, as causas da crise da ciência jurídica medieval podem ser encontradas na modificação do quadro das fontes de direito ocorrida no séc. XV e no desenvolvimento da lógica interna da ciência jurídica dos comentadores. Todavia, nem sempre a atracção pelos novos métodos pode ser explicada a partir daqui; muitas vezes, do que se trata é dum simples fenómeno de imitação não radicado nas realidades normativas ou jurídico-científicas locais. É, porventura, o que se passa em Portugal.

Entre nós, efectivamente, o equilíbrio das fontes de direito era muito diferente daquele verificado lá fora, nomeadamente nos

⁽¹⁰⁷⁵⁾ Sobre o quadro das fontes de direito nas *Ordenações Manuelinas* (1521) v. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 241 ss.; N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 364 ss.; e *O direito subsidiário num comentário às Ordenações Manuelinas atribuído a Luís Correia*, Lisboa 1973; MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo...*, cit., 50 ss.

⁽¹⁰⁷⁶⁾ Sobre este problema nas *Ordenações Filipinas*, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 395-6; *O direito subsidiário das Ordenações Filipinas num comentário de António Leitão Homem*, “R.D.E.S.” 24(1980) 175 ss. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 251 ss.

⁽¹⁰⁷⁷⁾ Cf., no mesmo sentido, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., p. 169 s.

países do centro e norte da Europa. Apesar de serem muito precoces — no contexto europeu — as nossas compilações legislativas, elas não vieram, de modo algum, pôr de parte o direito comum de cepa romanística; descontando mesmo que grande parte das disposições das *Ordenações* são fortemente influenciadas pelo direito romano⁽¹⁰⁷⁸⁾ a quase totalidade dos seus preceitos diz respeito ao direito público (constitucional, administrativo, fiscal e penal), deixando praticamente intacto o direito privado, domínio em que continuam a vigorar plenamente os resultados da ciência jurídica dos comentadores. Para mais, os nossos juristas estão, como vimos, amarrados institucionalmente — pelo menos até às Ordenações Manuelinas, com a sua nova valoração da “*opinio communis*” pós-bartolista — aos resultados e aos métodos da ciência jurídica bartolista e mesmo acursiana.

Por outro lado, passando agora a referir o ambiente jurídico-científico, os juristas portugueses desta época não estariam sensibilizados nem preparados para, encetando o novo degrau metodológico da construção sistemática do direito, poderem pôr de parte os processos da *Rechtsfindung* tradicional; tudo indica, na verdade, que a ciência jurídica portuguesa do século XIV e XV não teve grande brilho e autonomia, seguindo, mais ou menos passivamente, na esteira da produção doutrinal italiana.

Posto isto, é lícito concluir que o movimento de renovação experimentado pela nossa ciência jurídica no séc. XVI era, sobretudo, um fenómeno de *mimetismo cultural*, artificial em relação ao ambiente normativo português, não radicado na nossa experiência jurídica. Por isso se explica que este *amour de tête* viva, entre nós, uma vida de compromisso, tenha um sabor livresco e uma morte precoce; por isso, como escreve N. E. Gomes da Silva, “os filhos dos humanistas serão bartolistas”.

Seja como for, é individualizável em Portugal uma corrente “cultu” reagindo contra os modelos metodológicos dos comentadores, anti-bartolista, “textual”, racionalista, sustentada por juristas portugueses formados no estrangeiro, onde alguns deles

⁽¹⁰⁷⁸⁾ V. um princípio de investigação em JOSÉ V. ÁLVARES DA SILVA, *Introdução ao Novo Código...*, cit.

alcançaram grande nomeada (como é o caso de ANTÓNIO DE GOUVEIA), (*Goveanus*, † 1566)⁽¹⁰⁷⁹⁾.

Quais vão ser os grandes temas desta corrente?

16.1. **O tema da depuração histórico-filológica.** A orientação histórico-filológica manifesta-se, desde logo, pela tendência para considerar o estudo do direito como um dos sectores dos “*studia humanitatis*”; deste ponto de vista, interessava sobremaneira restabelecer o “*ius quo utebantur Romani Romae Constantino-polive*” e, assim, a actividade jurídico-científica consistia em investigações de carácter histórico e filológico, tendentes a averiguar o teor originário dos textos romanísticos. Esta orientação, que recebia todo o apoio do grémio dos humanistas, não podia, no entanto, vingar num ambiente jurídico como o nosso. Efectivamente o direito romano-comum era entre nós direito vigente, pelo que a restauração histórico-crítica dos seus textos constituía um grave perigo, pois representava a instauração da incerteza e a “historificação” dos preceitos romanísticos; por isso, EDUARDO CALDEIRA escrevia que era ímpio e perigoso modificar (por razões históricas ou filológicas) uma sílaba sequer do Digesto (“*religiosum et periculosum arbitramur, vel unam syllabam de Pandectis mutare*”)⁽¹⁰⁸⁰⁾. Ao valor cultural do ensino do direito romano preferiam os nossos juristas o seu valor pragmático e, assim, ao “*ius quo utebantur Romani Romae*” preferiam o “*ius quo utimur*”; portanto, esta modalidade extrema da orientação histórico-crítica não pegou entre nós, mesmo na obra dos próprios juristas humanistas.

A estes restava uma segunda via, muito mais moderada; foi a que alguns seguiram e que, essa sim, ficou de algum modo incorporada na tradição jurídica subsequente. Trata-se da

⁽¹⁰⁷⁹⁾ Sobre António de Gouveia — estudante em Paris (desde 1527), professor de humanidades em Bordéus, Toulouse, Avignon, Lyon e Paris, literato, crítico de Petrus Ramus e defensor de Aristóteles, dedicado ao direito a partir de certa altura, propondo o “casamento do estudo do direito com as letras humanas” — v. o artigo “António de Gouveia” no *Dic. hist. Port.* e bibl. aí citada.

⁽¹⁰⁸⁰⁾ N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit., 49; todo este capítulo pode ser conferido por esta mesma obra, que seguimos de perto; v. por último, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bartolo...*, cit., 44 ss., com alguns pontos discordantes em relação ao anterior.

tendência para fazer incidir a especulação dos juristas directamente sobre as fontes textuais (*digitum ad fontes intendere*), desprezando as elucubrações “corruptoras” da Glosa e dos comentadores. Trata-se, como se vê, dum Humanismo “a meio fundo”, recusando, por um lado, as anotações, os comentários, as opiniões com que os medievais tinham desfigurado os textos, mas recuando, por outro, perante a hipótese de pôr em causa o próprio texto justinianeu. Foi esta a orientação proposta e cultivada por alguns dos portugueses que frequentaram os estudos jurídicos franceses e italianos (por exemplo, LUÍS TEIXEIRA, inícios do séc. XVI).

Uma vez “reformada” a Universidade por D. João III, foi também essa a orientação seguida no ensino do direito. Com efeito, o *Regimento da Instituta* (1539), depois de desaconselhar formalmente a citação exaustiva das “opiniões”, das glosas e dos lugares paralelos — tarefa em que se consumia a maior parte do tempo lectivo — prescreve que as soluções para os casos se devem ir buscar imediatamente aos textos legais (i.e., ao *Corpus Iuris*): os lentes “poeram o caso por Jnteiro ho mais breve & claramente que poderem & daram a duvjda q se preguntou ao q fez ha ley”⁽¹⁰⁸¹⁾. O objectivo fundamental do ensino é que os alunos sejam “boôs textuaes”.

16.2. O tema da racionalidade do direito e da liberdade interpretativa. O “textualismo”, que acabamos de referir, não pode ser separado duma segunda orientação fundamental do humanismo — o *racionalismo*.

Num capítulo anterior vimos que o racionalismo jurídico representa, na história da ciência jurídica ocidental, o momento em que a tarefa de sistematização do ordenamento jurídico conseguiu já isolar um número de princípios e dogmas suficientemente dilatado para permitir que a invenção da solução jurídica se faça com apoio neles, como que dedutivamente, e em que, por outro lado, o trabalho de construção do sistema jurídico já não vai partir dos textos (ou da sua interpretação-glosas, comentários, opiniões), mas dos princípios lógico-dogmáticos que os sintetizam. Assim, o jusracionalismo vai propor: negativamente, o repúdio da ciência jurídica medieval (glosas, *opinio*

communis) e a consequente valorização dos textos⁽¹⁰⁸²⁾; positivamente, a exaltação duma interpretação “livre” (*sola ratione*) desses textos e o cultivo da dialéctica, disciplina que forneceria os instrumentos adequados para tal interpretação.

Claro que nem todas estas propostas tiveram o mesmo eco em Portugal; à orientação textualista e ao repúdio da escolástica jurídica já nos referimos. Resta falar agora do movimento promotor da interpretação racional e livre e fazer algumas considerações sobre o cultivo da dialéctica pelos juristas nacionais.

A orientação *jusracionalista* em Portugal parece ter tido curso mais ao nível da teoria do que ao nível da prática.

Ao nível da teoria, vários são os factos que podem estar na base dum entendimento racionalista do direito. Em primeiro lugar, a necessidade de justificar a vigência entre nós do direito romano, já que os reis de Portugal desde cedo afirmaram a sua independência em relação ao Imperador; sendo assim, só se podia dizer, como se disse, que essa vigência se explicava “*imperio rationis*” e não “*rationi imperii*” (“pela boa razão em que são fundadas” — *Ordenações Manuelinas*, Liv. II, tit. V), o que implicava que a razão era fonte de direito, que a racionalidade era apanágio do direito⁽¹⁰⁸³⁾. Em segundo lugar, o racionalismo de Bártolo, do qual nos teria vindo, segundo informa PAULO MERÊA, a expressão “boa razão”⁽¹⁰⁸⁴⁾. Por fim, a filosofia escolástica, com as suas ideias do direito como ordem racional e de investigação racional do justo, às quais já nos referimos.

⁽¹⁰⁸²⁾ Eis aqui a convergência entre “textualismo” e racionalismo a que nos referimos no início do parágrafo.

⁽¹⁰⁸³⁾ Estas mesmas ideias serão, depois, repetidas por muitos juristas nossos; MANUEL DA COSTA (meados do séc. XVI), dirá, ao afastar uma solução do direito romano, que “em Espanha as leis dos Imperadores não são observadas senão enquanto a razão o aconselhar; porque entre nós impera a justa razão dessas leis e não a força coactiva” (texto latino em N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit. 59); F. CALDAS PEREIRA (séc. XVI/XVII) afirma também que “a razão natural é tida por lei e tem a força e o vigor da lei” (*ibid.* 61); a imagem mais acabada deste racionalismo filosofante, pouco radicado na prática e pouco aí dirigido, é-nos dada pela obra de DIOGO DE SÁ (meados do séc. XVI), sobre a qual N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit., 309 ss.

⁽¹⁰⁸⁴⁾ PAULO MERÊA, *Direito romano, direito comum e boa razão*, em Bol. Fac. Dir., XVI (1940) 539 ss.

⁽¹⁰⁸¹⁾ Cit. por N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit., 216.

Todavia, ao radicalismo destas afirmações teóricas opõe-se, na prática, um alcance limitado deste racionalismo. Já atrás temos visto que a orientação juraracionalista se funda nos resultados sistemáticos alcançados pelos comentadores, mas depende, para se desenvolver, do domínio duma técnica lógico-dialéctica precisa, que permita tirar partido desses resultados e ultrapassá-los, obtendo um sistema dogmático-conceitual mais compreensivo e mais perfeito. Tal técnica foram os juristas estrangeiros (principalmente os italianos, franceses, holandeses e alemães) buscá-la à dialéctica simplificada (e mais fiel aos modelos clássicos) do renascimento e, mais tarde, à metodologia cartesiana. Só assim, disciplinado o uso da razão por uma lógica precisa, a interpretação “livre” dos textos não desembocava numa doutrina caótica, dividida entre interpretações contraditórias, todas elas obtidas “livremente”, todas elas pretensamente racionais. Ora foi isto, precisamente, o que — ao que parece — não aconteceu em Portugal.

Entre os nossos juristas do século XVI não é difícil encontrar a apologia da livre investigação sobre o direito (o “*libere philosophari*”) com a consequente condenação dos limites impostos a tal investigação pela *opinio communis*. HEITOR RODRIGUES (meados do séc. XVI), depois de qualificar as suas opiniões de “*nove et secure*”, brinda as opiniões tradicionais com expressões que revelam o pouco apreço em que as tinha (“*defecerunt omnes*”, “*male omnes dixerunt*”) ⁽¹⁰⁸⁵⁾ e AIRES PINHEL (2.^a metade do séc. XVI), um acérrimo detractor da opinião comum, lamenta a ciência jurídica do seu tempo em que “as opiniões são mais contadas do que ponderadas” ⁽¹⁰⁸⁶⁾. Todavia, a esta reivindicação da liberdade interpretativa não correspondia um sério cultivo da arte dialéctica que, lá fora, guiava os mais avisados dos jurisconsultos nos seus trabalhos de invenção e de construção; dialéctica essa cuja voga entre os juristas não era produto do acaso, mas do facto de ela ser um instrumento adequado para a realização da tarefa de sistematização do

ordenamento jurídico. Em Portugal, pelo contrário, o apreço pela dialéctica não era grande. Houve, é certo, alguns juristas que, por terem estado em contacto mais estreito com os meios cultos do estrangeiro, a cultivavam: Luís Teixeira, ambientado aos meios cultos de Itália, declara que a dialéctica é indispensável para a correcta interpretação dos textos jurídicos e para, na sua expressiva locução, “ruminar e discutir” a verdade das várias interpretações contrárias — é que os verdadeiros dialécticos investigam a verdade das proposições: e experimentam-na pelo confronto com as proposições contraditórias” ⁽¹⁰⁸⁷⁾. Quer dizer, Luís Teixeira estava bem consciente da função que a dialéctica devia desempenhar: disciplinar o discurso dos juristas, agora libertos do freio da “*communis opinio*”, através do estabelecimento de regras de desenvolvimento do raciocínio. A esta posição esclarecida opõe-se, no entanto, o sentimento comum da inutilidade, para os juristas, do estudo da dialéctica, considerada como um divertimento (“*operam ludunt*”, diz dos dialécticos INÁCIO DE MORAIS, meados do séc. XVI): “*Digna quid ista iuvant? quos fructus colligis inde?*” ⁽¹⁰⁸⁸⁾.

Este desprezo pela dialéctica, numa altura em que o antigo agente disciplinador da ciência jurídica — a “*communis opinio*” —, atacado por todos, já não podia realizar a sua missão, foi — segundo alguns — um dos factores não menos importantes do caos da nossa produção jurídico-científica durante os séculos XVI, XVII e XVIII: sem qualquer critério que permitisse distinguir as interpretações legítimas das abusivas ou que contribuisse para unificar e sistematizar os princípios dominantes em cada sector do direito, a ciência jurídica destes séculos debateu-se em contradições insuperáveis. Um autor da segunda metade do séc. XVIII, ANTÓNIO BERNABÉ DE EDESCANO, encarando criticamente a produção dos juristas nacionais passados e contemporâneos, depois de observar que “sem a cultura da Arte de Bem Pensar, a que chamamos Dialectica, não podião elles penetrarem objectos, onde muitas vezes lhes era necessário fazerem abstracções precisas, formar distinções certas, e divições; fixar axiomas, regras e princípios invariáveis”, acrescenta:

⁽¹⁰⁸⁵⁾ Citado por N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, 75.

⁽¹⁰⁸⁶⁾ N. E. GOMES DA SILVA, ob. cit., 257 n. 361. Nesta mesma obra se podem encontrar interessantes informações sobre o lugar das opiniões comuns ou tradicionais nas concepções gnoseológicas da Idade Média tardia e do Renascimento.

⁽¹⁰⁸⁷⁾ N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit., 140.

⁽¹⁰⁸⁸⁾ INÁCIO DE MORAIS, citado por N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit., 261.

“porém desta Arte de bem pensar as materias Juridicas he que vejo terem sido destituídos todos, ou a maior parte dos Jurisconsultos Portugueses, que tem cõmentado as Ordenações de Portugal”⁽¹⁰⁸⁹⁾.

16.3. **Conclusão.** Vistas as orientações maiores do nosso Humanismo jurídico, resta fazer uma apreciação de conjunto sobre este movimento e sobre o seu papel no desenvolvimento da ciência jurídica portuguesa. O desembargador e moralista JOÃO DE BARROS escrevia no *Espelho de Casados* “Muyto presume o Dereyto pelas cousas dos Antigos e muyta autoridade lhes da. Porque eles foram mais sabedores do que ora os Modernos, segundo bem se mostra. Que seria agora impossível achar outra eloquência de Tulio. Outro poeta como Virgilio e Ovidio. Outro Filosofo como Platon e Aristotiles. *Em Leys, outro Acursio Bartulo ou Baldo e assy outros muytos.* Pello qual sempre nos auemos de chegar a segir aquilo que nossos Antigos seguiram”⁽¹⁰⁹⁰⁾. Este texto é significativo do compromisso mental dos juristas quinhentistas; clássicos e medievais (nas leis, mais estes do que aqueles) aparecem-nos aqui, indistintamente, apontados como modelos a seguir.

É esta a imagem do humanismo jurídico português: incitado pelo ambiente cultural estrangeiro (e até nacional) a abandonar a tradição medieval, ele não encontra (nem é capaz de criar) na prática jurídico-científica do seu tempo condições que lhe permitam fazê-lo. Num país em que o direito romano-comum é largamente vigente (e, portanto, insusceptível de ser submetido à depuração histórico-filológica) e em que a produção jurídico-científica ainda não tem o rigor (adquirido através duma adequada formação lógico-dialéctica) capaz de a auto-disciplinar e de a orientar no sentido da construção sistemática do direito, uma boa parte das propostas dos humanistas não era praticável. De facto, como proceder à restauração dos textos clássicos, se isso lhes retirava todo o valor normativo? Como desprezar a “*opinio communis*”, se ela desempenhava ainda uma importante missão disciplinadora e não havia quem aí a rendesse? Como

⁽¹⁰⁸⁹⁾ ANTÓNIO BARNABÉ DE EDESCANO, *Demétrio moderno ou o bibliógrafo juridico portuguez* (Lisboa 171) 91/2.

⁽¹⁰⁹⁰⁾ Citado por N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, 356.

encetar uma construção racional do direito, se faltava aos juristas a preparação lógico-dialéctica? O resultado foi, por um lado, um divórcio visível entre a teoria e a prática do direito [“nas escolas é lícito defender uma opinião contrária à comum... No foro, todavia, não nos devemos afastar da comum” FRANCISCO CALDAS PEREIRA⁽¹¹⁰⁰⁾] e, por outro, uma atenuação drástica das posições dos nossos humanistas que, como escreve N. E. GOMES DA SILVA, acabam por poder ser cognominados de “comentadores iluminados”.

17. A literatura jurídica seiscentista e setecentista.

17.1 **Introdução.** Acabámos de ver que o modo de ser da prática jurídico-científica nacional não era de molde a favorecer o desenvolvimento da orientação humanista e racionalista; por isso, como também já vimos, esta orientação é como que uma camada de verniz que, ao nível das afirmações, recobre a actividade dos juristas, embora, aos níveis profundos da prática, continuem a dominar os modelos discursivos e normativos tradicionais. Este desenvolvimento estrangulado do humanismo jurídico vem permitir, passado o entusiasmo dos primeiros tempos, uma reinstalação, pelo menos na forma, dos modelos tradicionais, reinstalação que se prolongará até ao terceiro quartel do século XVIII.

17.2. O estado da prática jurídica na segunda metade do séc. XVI.

Descontando embora um certo preconceito contra os juristas e a sua arte — comum, por razões culturais e sociais, em toda a área europeia a partir do séc. XIV — pode dizer-se que eram pouco lisonjeiros os testemunhos contemporâneos sobre o estado da prática jurídica portuguesa posterior à segunda metade do séc. XVI.

São, de facto, muitos aqueles que se queixam da falta de segurança da prática jurídica, da incerteza dos julgamentos, do

⁽¹¹⁰⁰⁾ Texto latino em N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit., 77.

arrastar das questões, da indisciplina da orientação, da confusão dos padrões de decisão. E esta insegurança, para além de reflectir diversas condições institucionais, sociais e metodológicas que ainda é cedo para descrever com rigor, reflecte também, decerto, a incapacidade da doutrina para fornecer à prática e ao foro uma directriz segura.

Moralistas, poetas e juristas são unânimes em qualificar de caótica a situação, remetendo a responsabilidade do que acontecia, não para as leis em si, mas para o mau uso que uma doutrina jurídica desregrada e — dizem-no eles — venal delas fazia. DIOGO DO COUTO afirma no *Soldado práctico* que “leis são santas e boas, mas usamos nós mal delas; e andamo-las estudando para lhes dar sentidos diferente dos que elas têm”. E contra esta aplicação das leis muitos outros falam⁽¹¹⁰¹⁾, envolvendo na sua censura os legistas complicados e subteis, os juizes inconstantes, os advogados gananciosos que fazem a vida à custa dos anteriores e até, num aceno nostálgico a uma idade de ouro, o próprio direito.

Quais os responsáveis por esta desorientação da nossa doutrina, que se reflectia na insegurança do foro e no descrédito do próprio direito?

Os contemporâneos moralistas falavam, de bom grado, a este propósito, de ambição, de desonestidade, de ignorância, como já vimos. Os juristas acusam a imperícia e loucura daqueles que, roídos pelo vírus do humanismo, subvertem e perturbam o direito estabelecido⁽¹¹⁰²⁾.

Tendo todas estas acusações o seu quê de verdade, uma explicação mais profunda e menos conjuntural terá que partir da consideração das causas, internas ao modelo discursivo da ciência jurídica, que permitiam que a corrupção se instalasse e

⁽¹¹⁰¹⁾ Ver citações expressivas em N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, 77 ss.; também em MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo...*, cit., 54 ss.

⁽¹¹⁰²⁾ “Et hoc presertim nestes nossos tempos de tantos novos e imperitos scriptores que tudo perturbam e subvertem com novas opiniões errôneas. Jmo temerárias contra communes et veras e portanto não podemos adaptar a esta Materiam sine periculo” (FRANCISCO COELHO *Anotações às Ordenações do Reino...*, meados do século XVI, apud N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, 76). E MANUEL SOARES DA RIBEIRA (*Observationum...*) fala dos “semi-juristas” e “rhetoricoteros” que “abusivamente dissertavam sobre o direito, ou seja, o poluíam”; texto latino em N. E. GOMES DA SILVA, ob. cit., 302 n.445.

florescesse. Bem como terá que explicar mais detidamente que ignorância era essa (e de quê) que causava um tal caos na prática do direito.

Sem pretender respostas definitivas — que presupõem estudos mais englobantes dos que até agora têm sido feitos —, talvez possamos adiantar que, para este estado de coisas, teria contribuído a permanência, para além dos limites da sua operacionalidade, do instrumental lógico-conceitual dos comentadores, combinada com o abalo que, apesar de tudo, o humanismo causou.

Assim, o probabilismo e o casuismo da ciência jurídica medieval — que, na sua época própria, tinha cumprido a importante missão dogmática de possibilitar a interpretação actualizadora do corpo do direito justiniano — ultrapassam agora os limites da sua funcionalidade e começam a corroer também os princípios jurídicos actualizados e, nomeadamente, a nova legislação nacional. Para mais, atacado pelos humanistas o argumento da autoridade, a *opinio communis* deixa de poder ser um limite eficaz para o subjectivismo das decisões. E, neste espaço, instala-se o arbítrio de julgamento que dá lugar à corrupção e permite que a ignorância seja legitimada em nome do “livre exame”.

Mas, ainda sobre a ignorância, é de notar que ela tem efeitos tanto mais devastadores quanto maior é a liberdade interpretativa.

O surto, embora epidérmico, do humanismo, longe de contribuir para o saneamento da situação, vêm-no agravar ainda.

Em primeiro lugar, porque, ao propor um reexame histórico-filológico (de resto, como vimos, pouco seguido entre nós) dos textos romanísticos, vem, por um lado, tornar movediço aquilo que até aí era inabalável e, por outro, cavar um fosso entre uma ciência propensa às investigações históricas e gramaticais (*ius quo utuntur romani Romae*) e uma prática agora entregue a si própria e dominada pelas preocupações imediatas⁽¹¹⁰³⁾.

⁽¹¹⁰³⁾ Situação descrita por FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA nestes termos: “*quae sententia et resolutio subtili iure Academicarum porticus et perystilia disputantibus applaudere potest, nobis autem minime blanditur*”. Citado por N. E. GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, cit., 77, onde se podem encontrar outras citações expressivas.

Em segundo lugar, porque humanismo traz consigo um entendimento diverso do que seja a *opinio communis*; enquanto que para a escolástica — na esteira de Aristóteles — a opinião comum era aquela defendida mais vezes, a mais frequente⁽¹¹⁰⁴⁾, o conceito de *opinio communis* passa a ter um traço qualitativo, sendo — um pouco paradoxalmente — a defendida pelos melhores (“*est quae graviore habent auctores*”, CÉFALO). A consequência desta mutação é que a própria investigação de qual seja a opinião comum passa a ser uma tarefa aleatória, não sujeita, simplesmente, à tarefa de contar as opiniões, implicando uma escolha, logo, um acto arbitrário, e incontável. Daí uma proliferação de opiniões comuns contraditórias entre si; como dizem os Procuradores do Porto, nos capítulos das cortes de 1619, “andam impressas alguas opinioens cômuas contra outras cômuas”⁽¹¹⁰⁵⁾. Quer dizer: ainda que fosse incentivado o respeito da *opinio communis* — o que, já sabemos, não acontecia (ainda aqui em virtude da insistência dos humanistas na interpretação *sola ratione* do direito) ela não estaria já em condições de impor a disciplina de tal modo incerta e indisciplinada ela própria se tinha tornado.

17.3. Em busca da segurança: interpretação autentica, reforma do ensino, praxística. A situação era dificilmente sustentável; o foro e a vida precisavam dum mínimo de segurança e de certeza na aplicação do direito. Não eram só os juristas ou os moralistas que se

⁽¹¹⁰⁴⁾ Este conceito de opinião comum está ligada à concepção escolástica de “provável”; como se sabe, sendo o direito uma disciplina dialéctica, i.e., uma disciplina na qual não se podia obter afirmações verdadeiras mas somente prováveis, o critério de validade era dado pela probabilidade — uma opinião era válida na medida em que fosse provável. Ora vigorava então uma concepção objectiva, estatística, do “provável” — o provável era aquilo que acontece o mais das vezes (*id quod plerumque accidit*), aquilo que é defendido pela maior parte dos homens ou dos doutos. Mais tarde, este conceito claramente aristotélico (cf. ARISTÓTELES, *Tópicos*, Liv. I, Cap. 1), é substituído por outro, de raiz estoica, de natureza qualitativa; é aquele que vigorará na Renascença. Cf., sobre isto, A. GIULIANI, *Il concetto di prova* (Milano, 1961) 115.

⁽¹¹⁰⁵⁾ N. E. GOMES DA SILVA (*História do direito português*, cit., 443, n.1) diz que deve haver referência, neste texto, à obra de JERÓNIMO DE CEVALLOS, *Speculum practicarum et variarum communium contra communes* (Toledo 1599), mais tarde tornada paradigma da “jurisprudência defeituosa”, por MURATORI, o célebre inspirador de VERNEY. Sobre o conceito de “*opinio communis*” em Portugal, v. as citadas *Lições*, 434 ss.

queixavam deste estado de coisas; era o próprio povo que se revoltava contra ele, utilizando nas suas queixas um velho *leit motiv* da cristandade ocidental⁽¹¹⁰⁶⁾.

Vários foram, portanto, os processos pelos quais se procurou pôr cobro a tal situação.

O primeiro expediente utilizado foi a resolução autoritária (ou “autêntica”) das dúvidas suscitadas pela interpretação ou integração da lei. O exemplo estava no próprio Justiniano que, nas constituições preliminares do Digesto, reservava para si a resolução dos problemas em aberto. Entre nós, também tal sistema de pôr cobro à incerteza doutrinal foi utilizado — por um lado, através da actividade legislativa do monarca suprimindo e interpretando as Ordenações⁽¹¹⁰⁷⁾; por outro, através dos Assentos da Casa da Suplicação, aos quais as *Ordenações Manuelinas* (V,58,1) conferiam valor vinculativo sempre que aí se procedesse à interpretação de passos duvidosos das Ordenações do Reino.

Outro processo de orientar a doutrina nacional no sentido do rigor e da disciplina, afastando-a do exagero no confronto e citação das opiniões e do cultivo duma erudição inútil e dispersiva, foi o de proceder a uma “reforma” na maneira de ensinar o direito, na qual se restringisse drasticamente o hábito de provar a bondade das soluções pela citação exaustiva das opiniões. Essa reforma, integrada na reforma geral da Universidade levada a cabo por D. João III, chegava ao ponto de limitar numericamente as autoridades a citar (“& nã Curaraõ de gastar o tpo em referir muytas opinioes dos Doctores somente Referirão Duas ou tres Das que mais principaes lhe parecerem”)⁽¹¹⁰⁸⁾. Esta

⁽¹¹⁰⁶⁾ Referimo-nos ao tema da oposição do Direito ao Amor que encontramos em SANTO AGOSTINHO e que chega à Idade Média tardia através do ensino dos Franciscanos, nomeadamente de DUNS SCOTTO e GUILHERME DE OCCAM; por isso estas queixas contra os juristas e contra o direito são vulgares na Europa deste tempo “Juristen, böse Christen”, dirá Lutero.

⁽¹¹⁰⁷⁾ A esta actividade se refere o Cardeal D. HENRIQUE — “despois da copilação dos cinco liuros das ordenações (...) se fizeram muitas leis e ordenações (...) assi em casos que novamente se proveerão, que pelas ditas ordenações que não eram providos, como em outros em que se declararão as ditas ordenações, e se revogarão em partes...” (Alvará de Aprovação das Leis Extravagantes..., de DUARTE NUNES DE LEÃO).

⁽¹¹⁰⁸⁾ Regimento da Instituta, publicado por MÁRIO BRANDÃO, *Documentos de D. João III* (Coimbra, 1937), I, 196.

orientação — que pode, evidentemente, ser ligada à preocupação humanista pelo regresso às fontes — parece não ser estranha ao desgosto geral pelo estado caótico da prática doutrinal e forense.

Todavia, esta direcção “textual” pressupunha muita coisa cuja existência não estava de modo algum provado: pressupunha, por exemplo, que a nossa doutrina tivesse uma preparação lógico-dialéctica e dogmático-conceitual que lhe permitisse, a partir duma exegese livre dos textos, encontrar soluções normativas adequadas. Ora isso, vimo-lo já, não parece ter em regra acontecido. Em vista do que a própria doutrina escolheu para si um caminho bastante diferente — o da *praxística*.

Não foi só entre nós que a literatura jurídica do século XVII manifestou um grande interesse pela jurisprudência dos tribunais centrais. Por toda a Europa, as decisões dos tribunais centrais passam a ter, a partir da segunda metade do século XVI, uma enorme audiência na doutrina, que se dedica à sua compilação e comentário. Isto por duas razões: dum lado, porque estes tribunais são agora órgãos constituídos exclusivamente por letrados, excluídas como foram — a este nível — da administração da justiça as classes feudais tradicionais; doutro, porque a referência às decisões jurisprudenciais e a invocação da regra do precedente realizam uma importante função disciplinadora da doutrina, aquela mesma que antes era desempenhada pela *communis opinio*⁽¹¹⁰⁹⁾.

Todavia, entre nós, a actividade dos praxistas merece um especial relevo, já pela função disciplinadora — bem ou mal orientada, para já não interessa — que eles exerceram, já pela sua permanência na ribalta da prática jurídico-científica nacional, onde na realidade estes autores disfrutaram de um quase indisputado lugar de primazia, que mantiveram até ao primeiro quartel do século XIX, isto é, até uma altura em que, lá fora, o bem assimilado jusracionalismo já os tinha destronado.

A prática forense e notarial é, para eles, a “*intellectrix legum*”, como — já no início do séc. XVII — escrevia MANUEL MENDES DE CASTRO na sua *Prática Lusitana* (1.^a ed. 1619); deste modo, entendendo que a verdadeira interpretação da lei não é a excogitada livremente pela razão mas a aplicada quotidianamente

⁽¹¹⁰⁹⁾ H. COING, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit*, cit., 19.

pela prática, verifica-se como que um novo descentramento da função do jurista doutrinal que passa a ser um recolector passivo desse “*ius quasi moribus constitutum*” (ANTÓNIO DA GAMA).

17.4. **Conclusão.** Se este radicar da doutrina na prática contribuía para uma certa segurança da ciência jurídica (obtida, já o vimos, à custa da suspensão da função correctora e propulsora da doutrina jurídica), ele funcionava também como um factor de estabilidade do próprio foro, que deixava de andar permanentemente disperso pelas novas e contraditórias opiniões. Apoiado nesta estabilidade doutrinal ele pode ir realizando, paulatinamente, a integração do direito das novas compilações nacionais com os dados da tradição romanística. Se por “recepção do direito romano” entendermos uma verdadeira *nacionalização* das normas e princípios romanísticos, um entendimento do direito romano como ordenamento próprio nacional, e — ao mesmo tempo — uma cientifização do próprio direito nacional, ela só tem, verdadeiramente, lugar entre nós nesta altura. Pela sua aplicação diária no foro, onde se combinava — esclarecendo-o, enquadrando-o e integrando-o — com o direito nacional das novas compilações, o direito romano ia-se constituindo dia a dia como verdadeiro direito nacional *moribus constitutum*. É este direito nacional e nacionalizado, praticado no foro, que vem agora para o primeiro plano do interesse dos juristas, destronando o direito comum das escolas italianas, que, ainda durante todo o século XVI, tivera um lugar proeminente na produção teórica nacional.

Não é, em todo o caso, fácil fazer hoje um juízo definitivo sobre a literatura jurídica deste período, sobretudo no que diz respeito aos seus aspectos de fundo, ou seja, ao modo como ela criou novos modelos jurídico-dogmáticos adequados aos problemas sociais que iam surgindo e à forma como, amparada nesses modelos, ela decidiu os conflitos político-sociais do seu tempo.

Em primeiro lugar, um balanço historicamente correcto terá que depurar a nossa visão da literatura jurídica dos séculos XVII e XVIII do lastro de opiniões apaixonadas que sobre ela pesam e que recebemos, directa ou indirectamente, da literatura iluminista⁽¹¹¹⁰⁾.

⁽¹¹¹⁰⁾ Exemplos da apaixonada crítica iluminista: [ANTÓNIO BARNABÉ DE EDESCANO], *Demetrio moderno ou o bibliografo jurídico portuguez*, Lisboa

Depois, teremos que vencer os nossos próprios preconceitos acerca do que deve (e não) ser a dogmática jurídica e os modelos de discorrer sobre o direito. Na verdade, a impressão de caos, de a-sistematicidade, de barroquismo nas citações, de subserviência perante a autoridade e a tradição, que experimentamos perante as obras jurídicas desta época é provocada pelo facto de termos como padrão inconsciente os cânones actuais da dogmática e do pensamento jurídicos, fundamentalmente dominados pelos ideais de sistematicidade, racionalismo, normativismo, etc.

A própria forma como hierarquizamos a relevância dos tipos de literatura jurídica — as obras “teóricas” mais importantes do que as “práticas” — terá que ser problematizada, sob pena de se poderem fazer juízos de valor marcados pelos nossos pontos de vista epocais (v.g., a partir da predominância, nestes séculos, de obras de carácter “prático”, de “práticos”, ou incidindo sobre a prática concluir no sentido de um abaixamento do “nível” da cultura jurídica).

Por fim, um juízo global pressuporia ultrapassar o plano das afirmações expressas dos juristas desta época sobre os seus cânones metodológicos e sobre a sua forma de entender o direito e a arte jurídica e mergulhar no exame sistemático e detalhado da sua prática dogmática. Ou seja, do modo como resolvem, na prática, os problemas que se lhes colocam, quer no plano da decisão quer no plano da construção — como equilibram o direito nacional com o direito comum, como justificam as soluções (*a lege, a ratione, ab auctoritate, ab exemplis*, etc.), como relacionam entre si as soluções e as construções dogmáticas, etc.

17.5. Os géneros da literatura jurídica dos sécs. XVII e XVIII e a sua estrutura. Ao contrário do que acontece com o séc. XVI, em que é muito vasta e importante a literatura jurídica portuguesa sobre o direito romano, os séculos XVII e XVIII são, como já se disse, dominados pelas grandes obras sobre o direito nacional ou nacionalizado, quer comentando-o, quer expondo as suas soluções para casos

1781; *Compêndio histórico do estado da Universidade*, Coimbra 1772, p.2, c.2; o próprio Pascoal de Melo Freire não consegue uma serenidade muito maior (cf. *História...*, cit., c. XII). Em contraponto, as apreciações sistematicamente encomiásticas de DIOGO BARBOSA MACHADO (na *Biblioteca lusitana*) também não fornecem grande auxílio.

concretos (reais ou imaginários), quer anotando o modo como ele se praticava no foro⁽¹¹¹⁾.

Deste modo, aparecem-nos, fundamentalmente, três tipos de obras.

O primeiro é o dos *comentários às Ordenações*, alguns dos quais datam ainda do séc. XVI, mas que têm os exemplos mais significativos no séc. XVII, com os divulgadíssimos *Remissiones doctorum*, de MANUEL BARBOSA⁽¹¹²⁾ *Commentaria ad Ordinationes*, de MANUEL ALVARES PEGAS⁽¹¹³⁾, em catorze tomos (1669-

⁽¹¹¹⁾ Continua, no entanto, a haver juristas (dum modo geral, os que fizeram carreira universitária, sobretudo no estrangeiro) que se dedicam predominantemente ao direito comum. Os mais importantes são: MANUEL SOARES DA RIBEIRA (ainda dos finais do séc. XVI, professor em Salamanca, Lyon, Veneza e Pádua — sobre as suas obras v. BARBOSA MACHADO, *Biblioteca lusitana*, cit.), MANUEL DA COSTA († 1563/4, professor em Salamanca e em Coimbra, opositor de Aires Pinhel num concurso famoso em Salamanca — v. “Carta de novas do que se passou em Salamanca na provisão da cadeira de prima de leis, a que concorreram os Doutores Manuel da Costa e Aires Pinhel”, Ms. BUC 166, fl. 135 —, autor de vários tratados de direito civil, sobre os quais v. Barbosa Machado, ob. cit.), ÁIRES PINHEL (professor em Coimbra, advogado e, depois, desembargador dos agravos da Casa da Suplicação e, no fim da vida, professor em Salamanca, é autor de dois comentários, muito citados, sobre a compra e venda [*De rescidenda venditione...*, 1558] e sobre direito sucessório [*De bonis maternis...*, 1557]), PEDRO BARBOSA, († 1606; professor em Coimbra, Desembargador do Paço, membro do Conselho de Portugal em Madrid, do Conselho Geral do Santo Ofício e, finalmente, Chanceler-mor do reino; escreveu um comentário famoso sobre o tit. *de iudiciis* do Digesto e dois outros sobre a prescrição e o juramento probatório), ÁLVARO VAZ ou VALASCO (1526-1593, professor em Coimbra, opositor [vencido] de Pedro Barbosa, advogado da Casa da Suplicação e, finalmente e depois de nova curta passagem pela universidade, Desembargador dos agravos do mesmo tribunal; dedicou-se, sobretudo ao direito nacional e à prática dos tribunais, mas é também autor de alguns comentários a título do *Corpus Iuris*), AGOSTINHO BARBOSA († 1649; filho do jurista Manuel Barbosa — e irmão de outro jurista conhecido, Simão Vaz Barbosa — bispo de Ugento, no reino de Nápoles, autor de vasta obra de direito civil e canónico, da qual se destacam os seus tratados sobre questões metodológicas [*De axiomatibus*; *De appellativa verborum significatio*; *De locis communibus*; *De clausulis*; *De dictionibus*, 1613]).

⁽¹¹²⁾ *Remissiones doctorum de Officiis publicis, jurisdictione et ordine judiciario, ..., ultimas voluntates et delicta*, Ulisipone 1618-20; Manuel Barbosa (1546-1639), filho de letrado e neto de um doutor físico, foi advogado no Porto e procurador da Fazenda; era pai do célebre Agostinho Barbosa (cf. n. anterior).

⁽¹¹³⁾ Manuel Álvares Pegas (1635-1696), natural de Estremoz e provindo de uma das quarenta famílias do patriciado bejense (o seu pai era feitor do

1703), depois continuados por MANUEL GONÇALVES DA SILVA e AMARO LUÍS DE LIMA⁽¹¹¹⁴⁾. Neste tipo de obras procede-se a uma minuciosa (por vezes, palavra por palavra) exegese das Ordenações, indicando-se, em relação a cada um dos preceitos (e, por vezes mesmo, a propósito de cada uma das suas divisões lógicas, ou, mesmo, palavras), a interpretação literal, as referências que lhe são feitas pelos autores, os lugares paralelos, as questões controvertidas pelos intérpretes, as ampliações ou restrições que devem ser feitas à letra do preceito e a indicação da razão de ser (*ratio*) deste último.

O segundo tipo é o das obras de casuística (*Decisiones*), nas quais os juristas — normalmente aqueles que tinham feito carreira pelos tribunais superiores — indicavam a solução das questões mais ou menos especiosas postas pela aplicação prática do direito⁽¹¹¹⁵⁾. Neste grupo são de referir: a obra, utilizadíssima no séc. XVII, de GABRIEL PEREIRA DE CASTRO⁽¹¹¹⁶⁾, *Decisiones Supremi Senatus Portugaliae...* (1.^a ed. 1603; eds. posteriores: 1619, 1621, 1674, 1699 e 1745); as de JORGE CABEDO (DE VASCONCELOS)⁽¹¹¹⁷⁾ (*Practicarum Observationum...*, 1.^a ed. 1602;

Conde de Figueiró), formou-se em leis na universidade de Coimbra e foi, durante toda a vida, advogado; foi procurador às cortes de 1641. Além do seu monumental comentário — que lhe valeu o estatuto de figura emblemática (para o bem e para o mal) da literatura jurídica seiscentista —, é autor de outras obras de praxística, de peças forenses e dum curioso opúsculo sobre o caso do “senhor roubado” de Odivelas.

⁽¹¹¹⁴⁾ MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes*, Ulisipone 1731-1740, 4 vols.; AMARO LUÍS DE LIMA, *Commentaria ad Ordinationem regni Portugalliae*, Ulisipone 1761.

⁽¹¹¹⁵⁾ Sobre este tipo de obras v. o fundamental estudo de J.-M. SCHOLZ, *Literatur geschichtliche und vergleichende Anmerkungen zur portugiesischen Rechtsprechung im Ancien Régime*, “R.P.H.” 14(1973) 95 ss. (intenções deste tipo literário, estrutura, modelos e difusão extra-fronteiras, autoridade, autores e obras).

⁽¹¹¹⁶⁾ Gabriel Pereira de Castro (1571-1632), natural de Braga, filho do célebre jurista Francisco de Caldas Pereira, poeta e canonista, desembargador da Relação do Porto e da Casa da Suplicação e, finalmente, Chanceler-mor do reino; dedicou-se, sobretudo, ao estudo das relações entre o poder religioso e o poder civil, tema da sua obra mais famosa, o *Tractatus de manu regia*, Ulisipone 1622-1625 (onde são publicados muitos documentos e notícias de grande valor histórico).

⁽¹¹¹⁷⁾ Jorge Cabedo de Vasconcelos († 1602), natural de Setúbal, de família fidalga e pai desembargador e jurista [Miguel de Cabedo]; foi professor em Coimbra, desembargador dos agravos, procurador da coroa, chanceler da

eds. posteriores: 1610, 1620, 1646, 1684, 1719, 1734), ÁLVARO VAZ (VALASCO)⁽¹¹¹⁸⁾, (*In Suprema Curia Lusitaniae Decisiones*, 1.^a ed. 1608; eds. posteriores: 1621, 1656, 1686, 1730), MELCHIOR PHEBO (*Decisiones Senatus Regni Lusitaniae*, eds. 1619, 1623, 1678, 1713 e 1760), etc.⁽¹¹¹⁹⁾,⁽¹¹²⁰⁾.

Por fim, aparece o grupo das obras dedicadas à prática notarial e forense em que eram tratadas, segundo a ordem normal do decurso processual, as questões que usualmente aí se levantavam; a esta ordenação, “cronológica”, digamos, das questões processuais, chama MANUEL MENDES DE CASTRO — autor da *Prática Lusitana*, a mais utilizada das obras deste género⁽¹¹²¹⁾ —, muito pomposamente, “*iurisprudentiam... quasi in praxis artem redigere*”, reclamando-se duma tradição sistemática que teria raízes em Aristóteles, Cícero e Quintiliano. São ainda de citar a *Prática Criminal* de MANUEL LOPES FERREIRA⁽¹¹²²⁾ (1.^a ed. em 1730-33, eds. posteriores: 1745, 1757) e o *Tratado da Forma dos Libelos...* de GREGÓRIO MARTINS CAMINHA (1.^a ed.

Casa da Suplicação, Desembargador do Paço, membro do Conselho de Portugal em Madrid, Guarda-mor da Torre do Tombo e — com Afonso Vaz Tenreiro e Duarte Nunes de Leão, pelo menos (v. N. E. GOMES DA SILVA, *Sobre os compiladores das Ordenações Filipinas*, “B.M.J.” 264[1977]) — compilador das Ordenações Filipinas; um seu irmão (Gonçalo Mendes de Vasconcelos de Cabedo) foi também jurista.

⁽¹¹¹⁸⁾ V. nota ⁽¹¹¹¹⁾.

⁽¹¹¹⁹⁾ Melchior (ou Belchior) Febo († 1632), natural de Coimbra; advogado da Casa da Suplicação; a seu pedido, é autorizado pelo rei (em 1623) a reger uma cadeira de direito pátrio (o que constituía enorme e significativa inovação); mas o claustro universitário opôs-se.

⁽¹¹²⁰⁾ Outros autores: ANTÓNIO DE SOUSA MACEDO († 1682, jurista e diplomata, homem da Restauração, *Decisiones supremi senatus iustitiae*, Ulisipone 1660; *Perfectus doctor*, Londini 1643); MANUEL BANHA QUARESMA († 1726, advogado, *Thesaurus quotidianarum resolutionum ad Leges municipales Ordinationum*, Romae 1727, 4 tomos, complemento de M. A. Pegas); DIOGO GUERREIRO CAMACHO DE ABOIM (1661-1709, juiz e desembargador, *Decisiones et quaestiones*, Ulisipone 1738; *De munere iudicis orphanorum*, Ulisipone 1699; *De privilegiis familiarum Sanctae Inquisitionis*, Ulisipone 1699).

⁽¹¹²¹⁾ († inic. séc. XVII). Professor substituto em Salamanca e Coimbra, advogado em Madrid e Lisboa; autor, além da *Practica lusitana*, Ulisipone 1619, de um *Repertório às Ordenações do Reyno*, Lisboa 1604 e de comentários ao direito justinianeu (v.g., *De annonis civilibus*, Matriti 1592).

⁽¹¹²²⁾ Natural de Lisboa; ouvidor no Algarve e corregedor de Lamego.

1549; eds. posteriores: 1567, 1578, 1608, 1621, 1680, 1701, 1731, 1764)⁽¹¹²³⁾,⁽¹¹²⁴⁾.

Ao lado destes tipos, existem ainda algumas obras monográficas sobre pontos de direito nacional, que representam a aplicação ao *ius proprium* da forma literária do *tractatus*, corrente no tratamento de pontos de direito comum. A mais notável destas obras é, porventura, o célebre tratado *De donationibus regiis* (1673), de DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL⁽¹¹²⁵⁾ que aborda o tema, politicamente crucial, das doações régias e do seu regime. Este tema é também tratado desenvolvidamente por M. A. Pegas, no seu tratado *De lege mentali*, incluído nos *Commentaria ad Ordinationes* (ad O.II,35) e em que parece ter aproveitado um idêntico tratado manuscrito de Luís Pereira de Castro. Outros autores de obras deste tipo são: ÁLVARO VAZ, autor de tratados sobre partilhas⁽¹¹²⁶⁾ e sobre o direito enfitêutico⁽¹¹²⁷⁾; ambos muito citados na época; GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, autor do já referido *Tractatus de manu regia*; BAPTISTA FRAGOSO, 1559-1639, professor em Évora e autor duma vasta obra de síntese sobre a teoria política e jurídica do governo temporal (*De regimen reipublicae*, Coloniae 1641-52, 3 vols.); JOÃO CARVALHO que, numa obra formalmente dedicada a um ponto de direito sucessório, inclui um tratamento desenvolvido de questões como a organização administrativa portuguesa e o regime da nobreza (*Novus et methodicus tractatus de una et altera quarta... falcidia*, 1631).

Facilitando a consulta das obras, e assumindo em relação a elas a função de guias bibliográficos, surgem os característicos *repertórios*, cuja existência e divulgação dizem muito sobre o modo de ser da ciência jurídica contemporânea. O *repertório* é uma obra em que, à maneira dos índices analíticos, se indicam as

⁽¹¹²³⁾ Natural de Lisboa, advogado da Casa da Suplicação.

⁽¹¹²⁴⁾ Outros autores: JOÃO MARTINS DA COSTA (professor e advogado da Casa da Suplicação; *Tratado da forma dos libelos...*, Lisboa 1608; *Domus Supplicationis Curiae Lusitaniae Stylique*, Ulisipone 1608), MIGUEL REINOSO (*Observationes practicae*, Ulisipone 1725).

⁽¹¹²⁵⁾ †1677, natural de Penamacor; procurador de Castelo Branco às cortes de 1641; conservador da Universidade de Coimbra, desembargador da Relação do Porto e da Casa da Suplicação, membro do Conselho Ultramarino.

⁽¹¹²⁶⁾ *Praxis partitionum, & collationum*, Ulisipone 1730, 2 vols.

⁽¹¹²⁷⁾ *Quaestionum juris emphyteutici*, Ulisipone 1628.

disposições legislativas, os arestos e os passos doutrinários referentes a um determinado assunto, indicado, por ordem alfabética, em epígrafe⁽¹¹²⁸⁾.

A existência deste tipo de obras tornava-se imprescindível por várias razões; em primeiro lugar, em virtude da dispersão da própria legislação e da a-sistematicidade do próprio código oficial, o que obrigava a uma penosa tarefa de busca de fontes; depois, no que diz respeito às indicações jurisprudenciais, em razão do já referido prestígio doutrinal e prático das sentenças dos tribunais; por fim, enquanto repositórios de lugares doutrinários sobre cada instituto, facilitavam a exaustiva indicação de opiniões a que os juristas se entregavam.

Aos “reportórios” substituir-se-ão, no séc. XIX, as obras sistematicamente organizadas, facto que têm um significado bastante profundo. Efectivamente, o repertório representa a incapacidade da doutrina para transcender a fase analítica da indicação dispersa das opiniões e se encaminhar para aquela síntese orgânica de regras e de definições em que — por tudo estar “no seu lugar” — a tarefa de encontrar cada coisa é fácil de realizar e pode dispensar o recurso à ordenação alfabética das matérias.

A obra sistemática, por sua vez, é a materialização deste momento sintético do pensamento jurídico que, lá fora, se inaugura no séc. XVI com os dialécticos italianos, progride através do *usus modernus* alemão, recebe um impulso decisivo com a recepção da metodologia cartesiano nos domínios do pensamento jurídico e se remata no casamento deste racionalismo jurídico em desenvolvimento com o espírito das “luzes”. Nela, em relação a cada instituto ou figura dogmática, contem-se uma síntese sistemática e ordenada (*in artem, methodica, scientiphica*, natural) do seu regime, fundada na definição dos grandes axiomas directores desse instituto ou figura. Por isso é que os repertórios só cederão, entre nós, o passo às obras sistematicamente elaboradas quando os tempos estiverem maduros para

⁽¹¹²⁸⁾ Escreveram obras deste tipo: DUARTE NUNES DE LEÃO (†1608, desembargador da Casa da Suplicação; *Repertorio às Ordenações*, e leis extravagantes, Lisboa 1560); AGOSTINHO BARBOSA (*Tractati varii*, cit.); MANUEL MENDES DE CASTRO (*Repertorio...*, cit.); BENTO PEREIRA, jesuíta, (*Promptuarium juridicum*, Ulisipone 1664); ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL (*Liber utilissimus...*, cit., uma actualização do *Promptuarium* de Bento Pereira).

esta construção metódica do nosso direito; até lá nada mais será possível do que indicar os lugares dispersos onde a doutrina dispersa se contém.

18. Fontes de direito.

O período que vimos tratando é, no plano da teoria das fontes do direito, a época da progressiva afirmação das prerrogativas legislativas do monarca, que aparece, a partir da segunda metade do século XIII, não só como principal entidade formuladora de normas jurídicas, como também na veste de “árbitro do conflito entre as várias fontes do direito” (N. E. GOMES DA SILVA)⁽¹¹²⁹⁾.

Tal dignidade vai-a ele buscar aos princípios do direito comum acerca da função real (sobre os quais, v., *supra*, 302 ss.).

Isto vai-lhe permitir, por um lado, “seleccionar” o direito consuetudinário em vigor, derogando aquele que não esteja conforme com o “bem comum”, com o “direito comum”, com os “privilégios da igreja”⁽¹¹³⁰⁾.

Por outro lado, o rei vai intervir na delimitação do âmbito de aplicação dos direitos civil e canónico, não só estabelecendo legislativamente o critério geral (entre nós, desde 1211, cf., *supra*, 450 ss.), como dirimindo casos particulares em que o critério não conduzia a resultados claros. E, ao fazê-lo, raro era que o rei não decidisse a favor do direito secular (direito romano ou direito nacional), cobrindo com a sua autoridade as decisões dos juízes e funcionários régios, quase sempre propensos a negar a autoridade do direito e dos tribunais da Igreja⁽¹¹³¹⁾.

⁽¹¹²⁹⁾ Já vimos que a esta posição teórica de supremacia nem sempre correspondia à situação de facto, pois, na prática, o poder legislativo do rei cedia perante a autoridade doutrinária dos juristas (v., *supra*, 416 ss.).

⁽¹¹³⁰⁾ “Ante as outras cousas que ao estado dos Reyx pertence, assy he tolher os usos que som contra voontade de Deos, e da prol comunal da terra” (*Ord. Af.*, II, 1). Sobre este assunto, como, de resto, sobre todo este capítulo, v., com grande desenvolvimento, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 307 ss.

⁽¹¹³¹⁾ Nas Cortes de Elvas de 1361, os eclesiásticos queixam-se de que certos oficiais das justiças reais declaravam, a propósito das medidas de excomunhão decretadas pela Igreja contra quem violava os seus privilégios (nomeadamente, o privilégio de foro), que “escumunhom non brito osso, e que o vinho nom amarga ao escumungado” (*Ord. Af.*, II, 5, 31). Sobre as tensões entre os direitos civil e canónico, v. N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 314 ss.

Finalmente, o rei vai aumentar enormemente o ritmo da produção legislativa. D. Afonso III, o primeiro dos reis portugueses a legislar abundantemente, publica cerca de 200 leis; nos reinados seguintes, com altos e baixos, o ritmo mantém-se, incidindo este movimento legislativo principalmente sobre domínios como o direito processual (a que diz respeito a esmagadora maioria das leis), as relações entre a Igreja e o Estado, o direito criminal, o estatuto dos oficiais reais (tabeliães, meirinhos e alcaides) e concelhios (juízes, almotacés), as relações entre cristãos e judeus, o estatuto da terra e as questões relativas a abastecimentos e preços⁽¹¹⁴⁰⁾.

O corpo de leis nacionais passa a pôr, no início do séc. XV, um problema semelhante — ainda que numa dimensão mais restrita — ao que era posto pelo corpo do direito comum — o decorrente da sua dimensão e dispersão. Não admira, portanto, que se note, desde esta altura, a preocupação de, por um lado, instituir formas de publicação das leis que garantam o seu conhecimento; e, por outro, de encetar a tarefa da compilação do direito nacional vigente.

No primeiro plano, instituem-se formas de publicidade através de registos nos livros das chancelarias da Côrte e dos concelhos e de editais ou pregões⁽¹¹⁴¹⁾. Apesar de tudo, o problema da insuficiência do conhecimento geral da lei é um problema sentido, e que faz com que se justifique a especial eficácia das leis feitas em cortes (cf., *supra*, 374) com o facto de, em relação a estas, haver uma maior garantia de publicidade.

No segundo plano, inicia-se, a partir do reinado de D. João I, o trabalho de elaboração de um código de leis nacionais,

⁽¹¹⁴⁰⁾ A legislação deste período foi publicada, até D. Afonso III, nos *P.M.H., Leges et consuetudines*, I; posteriormente, ela está recolhida nas *Ordenações Afonsinas* ou em duas colecções de legislação anteriores, de carácter privado, o *Livro das leis e posturas* — código dos fins do séc. XIV do A.N.T.T., hoje publicado (Lisboa 1971, ed. a cargo de N. E. GOMES DA SILVA) — e as chamadas *Ordenações de D. Duarte* — código do séc. XV da B.N.L., provavelmente pertencente à biblioteca de D. Duarte (daí o seu nome), em vias de publicação (ed. também a cargo de N. E. GOMES DA SILVA); sobre estas colectâneas v., por todos, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, 318 ss. V., também, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 189 n. 17.

⁽¹¹⁴¹⁾ Cf. H. DA GAMA BARROS, *História...*, cit., d, 136 ss.; N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 319 s.

trabalho que — porventura devido a um decisivo impulso do Infante D. Pedro⁽¹¹⁴²⁾ — se remata na elaboração da primeira codificação oficial do direito nacional, as *Ordenações Afonsinas* (1446-7), seguidas pouco depois pelas *Ordenações Manuelinas* (1513-1521), estas últimas reformadas, em 1604, por Filipe I (*Ordenações Filipinas*).

As *Ordenações Afonsinas*⁽¹¹⁴³⁾ estão divididas em cinco livros, subdivididos em títulos e estes em parágrafos. O Livro I contém os regimentos dos cargos da administração central (incluindo os “oficiais da casa real”) e local; o Livro II, contém a regulamentação das relações da coroa com os estatutos privilegiados (Igreja, senhores das terras, outros estratos privilegiados, como os mouros e os judeus); o Livro III trata do processo civil; o Livro IV contém a regulamentação de algumas matérias de direito civil; o Livro V, finalmente, trata do direito penal. O carácter ainda incipiente da técnica compilatória revela-se pelo facto de — salvo no Livro I — os títulos serem constituídos pela transcrição integral das fontes anteriores.

As *Ordenações Manuelinas*⁽¹¹⁴⁴⁾, com edição definitiva em 1521⁽¹¹⁴⁵⁾, são constituídas também por cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos. Em relação às *Ordenações Afonsinas*, as únicas alterações de nota, no que respeita à sistematização do conteúdo, são constituídas pelo facto de terem desaparecido do Livro I os “ofícios da casa real”, do Livro II (na edição de 1521) os títulos relativos aos judeus e mouros, entretanto expulsos, e de

⁽¹¹⁴²⁾ Sobre a história da publicação das *Ordenações Afonsinas*, v., por todos, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 213 n. 47; N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, 348 ss.

⁽¹¹⁴³⁾ As *Ordenações Afonsinas* apenas foram impressas nos finais do séc. XVIII, na “Collecção de legislação antigo e moderna do reino de Portugal” (Coimbra 1792), antecedidas por um erudito prefácio de LUÍS CORREIA DA SILVA. Sobre elas, v., por último, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, 348 ss.

⁽¹¹⁴⁴⁾ Sobre elas, v., por todos, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, 370 ss.

⁽¹¹⁴⁵⁾ Aparte as edições quinhentistas (matéria que deu origem a larga polémica — acerca da existência de uma edição completa anterior à edição de 1514; v., como últimas peças da discussão, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 177 ss. e N. E. GOMES DA SILVA, *Algumas notas sobre a edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513*, “Scientia iuridica” 26[1977]), as *Ordenações Manuelinas* apenas tiveram a edição da “Collecção de Legislação antigo e moderna”, Coimbra 1797.

terem sido autonomizadas (nas *Ordenações da Fazenda*) as normas reguladoras da fazenda real⁽¹¹⁴⁶⁾.

As *Ordenações Filipinas*^(1146a) são o produto de uma revisão, mandada fazer por Filipe I, das *Ordenações Manuelinas*, desactualizadas por abundante legislação extravagante promulgada nos reinados de D. João III e D. Sebastião⁽¹¹⁴⁷⁾. Elaboradas tendo em vista fins políticos, estão orientadas por um desígnio de respeito pelas tradições jurídicas portuguesas, pelo que apresentam um carácter pouco inovador⁽¹¹⁴⁸⁾.

O mesmo movimento codificador atinge ainda o direito local; em 1502 é publicado o *Regimento dos oficiais das cidades, vilas e lugares destes reinos*, impresso em 1504⁽¹¹⁴⁹⁾, e, em 1520, termina a reforma dos forais, iniciada em 1497, que, para além de objectivos político-financeiros (esvaziamento da autonomia local, reforma das contribuições concelhias), acaba por prosseguir também o objectivo de certificação do direito local⁽¹¹⁵⁰⁾.

Ao lado deste direito “real” subsistem, é certo, fontes de direito que resistem ao controle da corôa.

Desde logo, os costumes que, apesar de tudo, continuam, em muitos casos, a impor-se às apreciações políticas da coroa ou às

⁽¹¹⁴⁶⁾ A correspondência entre as *Ordenações Manuelinas* (eds. de 1514 e 1521), as *Afonsinas* e a legislação extravagante pode ser encontrada na edição de 1797 das *Ordenações Manuelinas*, ps. XXXIV ss.

^(1146a) Sobre as *Ordenações Filipinas* v., por todos, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 399 ss. e *Sobre os compiladores das Ordenações Filipinas*, cit. Existem múltiplas edições destas *Ordenações*, que estiveram em vigor, embora sujeitas a revogações parciais, até à entrada em vigor do Código Civil de 1867; a mais famosa, pela sua beleza gráfica e pela qualidade do repertório que a acompanha, é a “edição vicentina” de 1727.

⁽¹¹⁴⁷⁾ A legislação posterior às *Ordenações Manuelinas* foi compilada, em 1569, por DUARTE NUNES DE LEÃO (*Leis extravagantes collegidas e relatadas pelo licenciado...*, Lisboa 1569); a compilação foi feita por ordem régia e aprovada por alvará de rei. Sobre esta compilação, v., por todos, N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 388 ss.

⁽¹¹⁴⁸⁾ As fontes das *Ordenações Filipinas* e a sua correspondência com as *Manuelinas* e legislação extravagante podem ser vistas em JOAQUIM JOSÉ FERREIRA GORDO, *Fontes próximas da compilação filipina...*, Lisboa 1820; a crítica das imperfeições das Ord. Fil. está feita por JOSÉ VÍRISIMO ÁLVARES DA SILVA, *Introdução ao Novo Código...*, Lisboa 1780.

⁽¹¹⁴⁹⁾ Hoje publicado, em ed. fac-simile, com prefácio de M. CAETANO. Lisboa 1955.

⁽¹¹⁵⁰⁾ Sobre a reforma manuelina dos forais, v. M. CAETANO, prefácio ao *Regimento dos oficiais...*, cit.; N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, 377 ss.

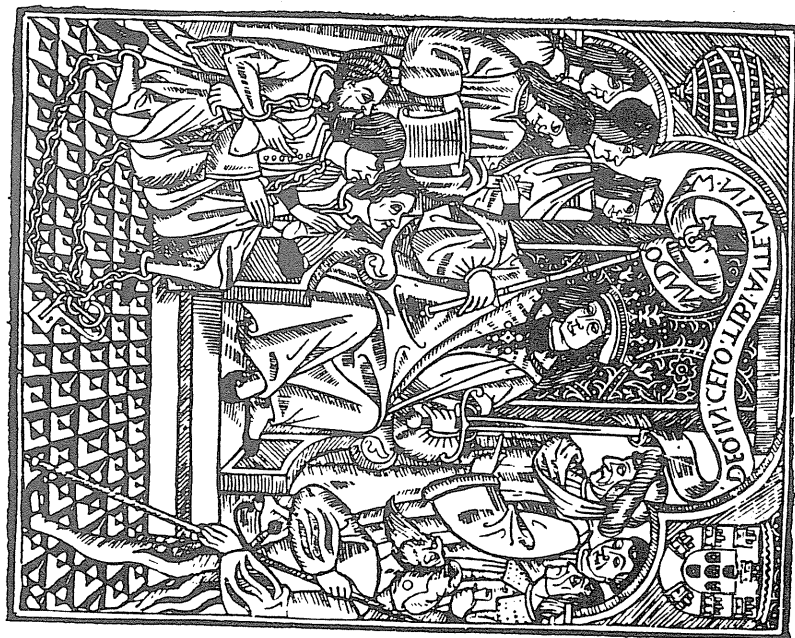


Fig. 14— Duas das célebres gravuras da edição de 1511 das *Ordenações Manuelinas* (*Ordenações d'el-Rei D. Manuel*); à esquerda, o rei e os mercadores; à direita, o rei e a administração da justiça criminal.

Tercera partida.

La. libro. 7. q. di. rega. & vide quæ notat Bald. in. lin. vrb. ff. de statu homin. licentem. p. quando ex consuetudine officia sunt danda naru ralius ciuibus non poterunt illa habere ciues adoptiu. deli. recep. ad ciuitatem quia consuetudo restringit priuilegium.

onde fuere escriuanos, porque cono-
can^a mejor los omes entre quien fizie-
ren las cartas, e deuen ser legos^b porq
han de fazer cartas de pesquisas, o de o-
tros pleytos, en que cae pena de muer-
te, o de lison lo que non pertence al
clerigo, nin a otros omes de orde, e de
mas, porque si fiziesen algũ yerro por
que mereciesen muerte, o alguna pena
que gelo pueda el Rey acalonar.

¶ Ley. III. Quien deve poner los escriuanos en la corte del Rey, e en las ciudades, e en las villas.

Oner escriuanos es cosa
que pertence a Empera-
dor, o a Rey^c. E esto es
porq es tanto como vno
de los ramos del señorio del reyno. Ca
en ellos es puesta la guarda, e lealtad de
las cartas q se fazen en la corte del Rey
e en las ciudades, e en las villas. E son
como testigos publicos en los pleytos,
e en las polluras que los omes fazen en
treci. E porde lugar de tã grã guarda,
e de tan gran lealtad como este non es
guisado que ningun ome aya poderio
para otorgarlo si nõ fuere Emperador,
o Rey, o otro quien otorgasse^d algũo
dellos poderio señaladamente^e de lo
fazer. Ca assi como dixerõ^f los sabios
antiguos que fizieron las leyes la guar-
da que pertence comunamente a to-

dos en locis in prima glo. allegatis. & vide l. s. titu. li. 7. ordin. rega. & eodem libro titulo id est.

f. & dixerõ. Vide in. lin. in f. litem. ff. de offi. pref. vigi-
g. & quando f. a. an. Inuit de iure antiquo electionem. seu prouiso-
nem tabellionum pertinet illis ad comunatates terrarum: ad de. l. a. c.

dos los del reyno non conuiene a otro
tanto como al Rey que es cabeça, e se-
ñorio del reyno, nin es otro ninguno
assi poderoso como el para fazer lo. E
otrofi a el cõuiene, mas que a otro, por
toller el defacuerdo, que suele acaefer
entre los omes quando vsauan ellos^g
a poner escriuanos. Ca si ellos lo ouie-
sen a fazer pocas vegadas se acordarian
en vno, e de mas los que fuesen pue-
stos por escriuanos por mano de algu-
no tener seyan toda via por debdolos
de catar, mas pro de aquellos^h que los
y metiesen que de los otros, e assi non
seria guardado el pro comunal de to-
dos porque deuen ser puestos. Pero de
zimos que aquellos que puedẽ poner
judgadoresⁱ en sus lugares puedẽ y po-
ner escriuanos que escriuan las cosas q
passaren en suzio ante ellos. Mas escri-
uanos publicos de concejo cuyas car-
tas deuen ser creydas, por todo el rey-
no^k ninguno non los puede poner si
señaladamente non les fuesse otorgado
poderio del Rey de los fazer, por las ra-
zones que ya diximos.

¶ Ley. III. Quien deve poner los escriuanos en la corte del Rey, e en las ciudades, e en las villas.

¶ Ley. III. Quien deve poner los escriuanos en la corte del Rey, e en las ciudades, e en las villas.

¶ Ley. III. Quien deve poner los escriuanos en la corte del Rey, e en las ciudades, e en las villas.

¶ Ley. III. Quien deve poner los escriuanos en la corte del Rey, e en las ciudades, e en las villas.

¶ Ley. III. Quien deve poner los escriuanos en la corte del Rey, e en las ciudades, e en las villas.

¶ Ley. III. Quien deve poner los escriuanos en la corte del Rey, e en las ciudades, e en las villas.

¶ Ley. III. Quien deve poner los escriuanos en la corte del Rey, e en las ciudades, e en las villas.

FIG. 15— Uma página da edição quinhentista das *Siete Partidas*, acompanhada da glosa de Gregório Lopez (Salamanca 1555).

valorações dogmáticas dos juristas, em virtude do seu prestígio, do enraizamento social e das características da vida jurídica local (cf. *supra*, 71). No entanto, a vigência do costume, pelo menos a nível dos tribunais centrais, começa a ressentir-se, agora também no plano dogmático, dos requisitos postos pelo direito canónico à sua validade: consentimento do legislador, prescrição (i.é, transcurso de certo período de tempo) e racionalidade (ou adequação ao sentimento jurídico da época)⁽¹¹⁵¹⁾.

Por outro lado, o direito comum, cuja penetração não deixava de se adequar, no plano dos conteúdos, a uma política regalista, mas que nem por isso deixava também de ser um facto independente da vontade real. Daí que, num segundo momento, vejamos o poder real a braços com o problema de salvaguardar a vigência, a título de direito principal, do direito nacional, tentando defendê-lo dos esforços dos juristas no sentido de o submeter ao “imperialismo” do direito comum⁽¹¹⁵²⁾.

Finalmente, o direito da Igreja. Em primeiro lugar, o direito canónico, pelo qual se regia a Igreja e que era aplicado, não só pelos seus tribunais, como também pelos tribunais civis. Pelos primeiros, quer em razão da matéria (v.g., questões relativas ao casamento), quer em razão das pessoas (v.g., pessoas com o privilégio de “foro eclesiástico”). Pelos segundos, a título de direito subsidiário, nos termos já antes referidos (cf., *supra*, 524 s.) Em segundo lugar, as normas jurídicas constantes de *concordatas* estabelecidas entre a coroa portuguesa e a Igreja, pelas quais se regulavam as relações entre o poder temporal e a Igreja e se fixavam os privilégios jurídicos políticos do clero nacional⁽¹¹⁵³⁾.

APÊNDICE

Para facilitar, quer a interpretação dos textos latinos incluídos neste manual, quer a identificação dos equivalentes latinos dos termos jurídico-administrativos portugueses (e vice-versa), inclui-se um curto vocabulário jurídico latino-português e português-latino, elaborado a partir dos usos linguísticos da nossa literatura jurídica seiscentista e setecentista. Para maiores desenvolvimentos, aconselhamos a consulta de, v. g., BENTO PEREIRA, *Prosodia in vocabularium trilingue latinum, lusitanum, et castellanum digesta*, Eborae 1634, eventualmente completada pelo confronto com a obra do mesmo autor *Promptuarium juridicum, quod scilicet in promptu quaerentibus omnes resolutiones circa universum jus pontificium, imperiale, ac regium*, Ulyssipone 1664.

A. GLOSSÁRIO BÁSICO PORTUGUÊS-LATINO

Abade	<i>Abbas</i>
Acção	<i>Actio</i>
Açougue	<i>Macellum</i>
Açoutes	<i>Flagela</i>
Administração	<i>Administratio</i>
Advogado	<i>Advocatus</i>
Agravo	<i>Gravamen</i>
Alçada	<i>Alçada, Iurisdictio</i>
Alcaide	<i>Apparitor</i>
Alcaide das sacas	<i>Apparitor exportationis</i>
Alcaide dos montes	<i>Apparitor</i>
Alcaide mor	<i>Arcis perfectus maximus</i>
Aldeia	<i>Pagus</i>
Alfândega	<i>Aduana, portus</i>
Alferes	<i>Antesignatus</i>
Alferes mor	<i>Signifer</i>
Algoz, carrasco	<i>Carnifex</i>
Alienação	<i>Alienatio</i>
Almirante	<i>Perfectus maris</i>
Almocreve	<i>Dardanarius</i>
Almotacé	<i>Aedilis</i>
Almoxarife	<i>Almoxarife</i>
Alvará	<i>Rescriptum</i>
Anadel mor	<i>Perfectus sclopetariorum</i>
Anatas	<i>Annatae</i>
Apelação	<i>Apelatio</i>
Aposentadoria	<i>Hospitatio</i>
Aquisição	<i>Acquisitio</i>

⁽¹¹⁵¹⁾ Cf., N. E. GOMES DA SILVA, *História...*, cit., 308 e bibl. aí citada.

⁽¹¹⁵²⁾ V., *supra*, 416 ss.

⁽¹¹⁵³⁾ Cf., antes, n. 982.

Arbítrio	<i>Arbitrium</i>
Árbitro	<i>Arbiter</i>
Arcebispo	<i>Archiepiscopus</i>
Argumento	<i>Argumentum</i>
Arras	<i>Arrhae</i>
Arrematação	<i>Subhastatio</i>
Arrendamento	<i>Locatio conductio</i>
Assentos	<i>Stylus</i>
Assessor	<i>Assessor</i>
Autor	<i>Actor</i>
Avocação	<i>Avocatio</i>
Barão	<i>Baro</i>
Benefício	<i>Beneficium</i>
Benfeitorias	<i>Melioramenta</i>
Bens	<i>Bona</i>
Bispo	<i>Episcopus</i>
Boa (ou má) fé	<i>Bona (vel mala) fides</i>
Bula da cruzada	<i>Bulla cruciatae</i>
Cabido	<i>Capitulum</i>
Caçador mor	<i>Venator</i>
Câmara	<i>Concilium</i>
Camareiro mor	<i>Cubicularius</i>
Caminheiro	<i>Solicitor, viator</i>
Campo	<i>Ager</i>
Camponês	<i>Rusticus</i>
Capela	<i>Capella</i>
Capitão	<i>Dux</i>
Carcereiro	<i>Custos</i>
Cargo	<i>Munus</i>
Casa da suplicação	<i>Domus supplicationis</i>
Casa do cível	<i>Domus portuensis</i>
Castelo	<i>Castrum, castellum</i>
Caução	<i>Cautio</i>
Caudel mor	<i>Caudel maior</i>
Cavaleiro	<i>Eques</i>
Censo	<i>Census</i>
Certidão	<i>Certitudo</i>
Chancelaria do reino	<i>Chancery regni</i>
Chanceler	<i>Chanceryarius</i>
Chantre	<i>Cantor, primicerius</i>
Cidadão	<i>Cives</i>
Cidade	<i>Civitas</i>
Coima	<i>Mulcta</i>
Colono	<i>Colonus</i>
Comarca	<i>Provincia</i>

Comenda	<i>Commenda, praeceptorium</i>
Comendador	<i>Commendatarius</i>
Compra	<i>Emptio</i>
Compromisso comum	<i>Compromissum commune</i>
Concelho	<i>Consilium</i>
Concórdia	<i>Concordia</i>
Conde	<i>Comes</i>
Condestável	<i>Comestabilis</i>
Conselheiro	<i>Consiliarius</i>
Conselho da fazenda	<i>Tribunal regii patrimonii</i>
Conservador	<i>Conservator</i>
Consul	<i>Consul</i>
Consulta	<i>Consultatio</i>
Contador	<i>Calculator</i>
Contestação	<i>Contestatio</i>
Contrato	<i>Contractus</i>
Coroa	<i>Corona</i>
Corpo	<i>Corpus</i>
Corredor de folhas	<i>Cursor</i>
Corregedor	<i>Praeses provinciae, praetor</i>
Corregedor do cível	<i>Praeses curialis civilis</i>
Corregedor do crime	<i>Praeses curialis criminalis</i>
Correição	<i>Correctio</i>
Correio	<i>Cursor</i>
Corte	<i>Curia</i>
Cortesão	<i>Aulicus</i>
Costume	<i>Consuetudo, mos</i>
Couto	<i>Asylum, cautum</i>
Credor	<i>Creditor</i>
Criado	<i>Famulus</i>
Crime	<i>Crimen</i>
Cristão novo	<i>Judaeus conversus</i>
Desembargo do Paço	<i>Senatus aulicus</i>
Eleição	<i>Electio</i>
Embaixador	<i>Legatus</i>
Embargo	<i>Arrestum</i>
Ementa	<i>Emmentia</i>
Empréstimo	<i>Mutuum</i>
Encargo	<i>Gravamen</i>
Enfiteuse	<i>Emphyteusis</i>
Escravidão	<i>Servitus</i>
Escravo	<i>Servus</i>
Escritura	<i>Scriptura</i>
Escrivão	<i>Scriba</i>
	<i>Tabellio, notarius</i>

Esportula	<i>Sportula</i>
Estanco	<i>Contractus, monopolium</i>
Estatutos	<i>Statuta</i>
Estilo	<i>Stylus</i>
Feira	<i>Nundina</i>
Feudo	<i>Feudum</i>
Fiador	<i>Fideiussor</i>
Fianca	<i>Fideiussio</i>
Fideicomisso	<i>Fideicomissum</i>
Finta	<i>Collecta</i>
Fisco	<i>Fiscus</i>
Foral	<i>Statutum</i>
Foro	<i>Forus</i>
Fronteiro mor	<i>Dux</i>
Governador	<i>Gubernator</i>
Governo	<i>Regimen</i>
Hasta pública	<i>Subhastatio</i>
Herança	<i>Haereditas</i>
Herdeiro	<i>Haeres</i>
Homem bom	<i>Cives</i>
Homenagem	<i>Hommagium</i>
Honra	<i>Honor</i>
Império	<i>Imperium</i>
Impostos	<i>Vectigalia</i>
Inquirição	<i>Inquisitio</i>
Inquiridor	<i>Examinator</i>
Inquisidor	<i>Inquisitor</i>
Insinuação	<i>Insinuatio</i>
Interdito	<i>Interdictum, charta tuitiva</i>
Interdito possessorio	<i>Remedium possessorium</i>
Interpretação	<i>Interpretatio</i>
Isento	<i>Exemptus</i>
Judeu	<i>Judaeus</i>
Jugada	<i>Jugatio</i>
Juiz	<i>Judex</i>
Juiz dos feitos da coroa	<i>Judex causarum regiae coronae</i>
Juiz (ordinário)	<i>Judex</i>
Juízo	<i>Judicium</i>
Jurisdição	<i>Jurisdictio</i>
Justiça	<i>Justitiae</i>
Laudémio	<i>Laudemium</i>
Lavrador	<i>Agricola</i>
Legitimação	<i>Legitimatio</i>
Lei	<i>Lex</i>
Letras	<i>Litterae</i>
Lezírias	<i>Agger</i>

Limites	<i>Fines, limites</i>
Lugar	<i>Locus, oppidum</i>
Marechal	<i>Ptolemarchus</i>
Marquês	<i>Marchio</i>
Meirinho	<i>Apparitor</i>
Mesa da Consciência	<i>Tribunal ordium</i>
Mesteres	<i>Misteres</i>
Minas	<i>Minae, venae, fodinae</i>
Moedeiro	<i>Monetarius</i>
Moinho	<i>Molendinum</i>
Mordomo mor	<i>Oeconomus</i>
Morgado	<i>Maioratus</i>
Natural	<i>Naturalis</i>
Negócio	<i>Negotium</i>
Nobre	<i>Nobilis</i>
Nomeação	<i>Electio, nominatio</i>
Notário	<i>Notarius</i>
Novação	<i>Novatio</i>
Nulidade	<i>Nullitas</i>
Obreção	<i>Obreptio</i>
Obrigaçao	<i>Obligatio</i>
Ofício	<i>Officium</i>
Ónus	<i>Gravamen</i>
Operário	<i>Artificium faber, artifex, mechanicus</i>
Opinião	<i>Opinio</i>
Ordem	<i>Ordo</i>
Ordenação	<i>Ordinatio</i>
Orfão	<i>Orphanus</i>
Ouvidor	<i>Auditor</i>
Pacto	<i>Pactum</i>
Padroado	<i>Patronatus</i>
Pagamento	<i>Solutio</i>
Parentesco	<i>Agnatio</i>
Partidores	<i>Partitores</i>
Pastos	<i>Pascua</i>
Património	<i>Patrimonium</i>
Património real	<i>Bona coronae</i>
Pena	<i>Poena</i>
Penhora	<i>Pignoratío</i>
Pensão	<i>Pensio</i>
Perfilhação	<i>Adoptio</i>
Perito	<i>Arbiter</i>
Pessoa	<i>Persona</i>
Plebeu	<i>Plebeus, Mechanicus</i>
Poder	<i>Potestas</i>
Poder paternal	<i>Patria potestas</i>

Portagem	<i>Portorium</i>
Porteiro	<i>Janitor, praecor</i>
Posturas	<i>Statuta</i>
Pregoeiro	<i>Proeconarius</i>
Pregões	<i>Praeonia</i>
Prescrição	<i>Praescriptio</i>
Príncipe	<i>Princeps</i>
Privilegio	<i>Privilegium</i>
Procurador	<i>Procurator</i>
Comessa (contratual)	<i>Stipulatio</i>
Promotor	<i>Promotor</i>
Propina	<i>Sportula</i>
Prova	<i>Probatio</i>
Provedor	<i>Provisor</i>
Província	<i>Provincia</i>
Provisão	<i>Provisio</i>
Quadrilheiros	<i>Irenarchae</i>
Rainha	<i>Regina</i>
Razões	<i>Allegationes</i>
Regedor	<i>Rector</i>
Regedor da justiça	<i>Rector iutitiae</i>
Regimento	<i>Regimentum, regimen</i>
Registo	<i>Regestum</i>
Regra	<i>Regula</i>
Rei	<i>Rex</i>
Reino	<i>Regnum</i>
Relação	<i>Relatio</i>
Relego	<i>Relegum</i>
Remissão	<i>Remissio</i>
Rendeiro	<i>Conductor</i>
República	<i>Respublica</i>
Rescrito	<i>Rescriptum</i>
Residência	<i>Syndicatus</i>
Revista	<i>Revisio</i>
Rol	<i>Emmenta</i>
Salário	<i>Salarium</i>
Selo	<i>Sigillum</i>
Senado	<i>Senatus</i>
Senhor	<i>Dominus</i>
Sentença	<i>Sententia, arestum</i>
Sequestro	<i>Arestum</i>
Servidão	<i>Servitus</i>
Sesmaria,	<i>Sesmaria, caesina, caesa</i>
Sindicância	<i>Syndicatus</i>
Sindico	<i>Syndicus</i>

Sisa	<i>Gabela</i>
Soldado	<i>Miles</i>
Solicitador	<i>Solicitor</i>
Sucessão	<i>Sucessio</i>
Tabelião	<i>Tabellio</i>
Tença	<i>Annona civilis</i>
Tensão	<i>Deliberatio, votum</i>
Terças	<i>Tertiae</i>
Termo	<i>Terminus</i>
Termo	<i>Territorium</i>
Terra	<i>Terra</i>
Território	<i>Territorium</i>
Tesoureiro	<i>Thesaurarius</i>
Testador	<i>Testator</i>
Testamenteiro	<i>Executor</i>
Testamento	<i>Testamentum</i>
Testemunha	<i>Testis</i>
Trabalho (contrato de)	<i>Locatio conductio operarum</i>
Tribunal	<i>Tribunal</i>
Tributo	<i>Tributum, vectigale</i>
Tutela	<i>Tutela</i>
Tutor	<i>Tutor</i>
Universalidade	<i>Universitas</i>
Universidade	<i>Universitas</i>
Uso	<i>Usus</i>
Usufruto	<i>Ususfructus</i>
Usura	<i>Usura</i>
Vassalo	<i>Vassalus</i>
<i>Agentes in rebus fisci</i>	Vedores da fazenda
Venda	<i>Venditio</i>
Vereador	<i>Decurio</i>
Vigário	<i>Vicarius</i>

B. GLOSSÁRIO BÁSICO LATINO-PORTUGUÊS

<i>Abbas</i>	Abade
<i>Acquisitio</i>	Aquisição
<i>Actio</i>	Acção
<i>Actor</i>	Autor
<i>Administratio</i>	Administração
<i>Adoptio</i>	Perfilhação
<i>Aduana</i>	Alfândega

<i>Advocatus</i>	Advogado
<i>Aedilis</i>	Almotacé
<i>Agentes in rebus fisci</i>	Vedores da fazenda
<i>Ager</i>	Campo
<i>Agger</i>	Lezírias
<i>Agnatio</i>	Parentesco
<i>Agricola</i>	Lavrador
<i>Alçada</i>	Alçada
<i>Alienatio</i>	Alienação
<i>Allegationes</i>	Razões
<i>Almoxarife</i>	Almoxarife
<i>Annatae</i>	Anatas
<i>Annona Civilis</i>	Tença
<i>Antesignatus</i>	Alferes
<i>Apelatio</i>	Apelação
<i>Apparitor</i>	Alcaide dos montes
<i>Apparitor</i>	Alcaide menor
<i>Apparitor</i>	Meirinho
<i>Apparitor exportationis</i>	Alcaide das sacas
<i>Arbiter</i>	Árbitro
<i>Arbiter</i>	Perito
<i>Arbitrium</i>	Arbitrio
<i>Archiepiscopus</i>	Arcebispo
<i>Arcis perfectus maximus</i>	Alcaide mor
<i>Arestum</i>	Sequestro, sentença
<i>Argumentum</i>	Argumento
<i>Arrestum</i>	Embargo
<i>Arrhae</i>	Arras
<i>Artifex</i>	Operário
<i>Artificium faber</i>	Operário
<i>Assessor</i>	Assessor
<i>Asylum</i>	Couto
<i>Auditor</i>	Ouvidor
<i>Aulicus</i>	Cortesão
<i>Avocatio</i>	Avocação
<i>Baro</i>	Barão
<i>Beneficium</i>	Benefício
<i>Bona</i>	Bens
<i>Bona coronae</i>	Património real
<i>Bona (vel mala) fides</i>	Boa (ou má) fé
<i>Bulla cruciatae</i>	Bula da cruzada
<i>Caesa</i>	Sesmaria
<i>Caesina</i>	Sesmaria
<i>Calcular</i>	Contador
<i>Cancellaria regni</i>	Chancelaria do reino
<i>Cancellarius</i>	Chanceler

<i>Cantor</i>	Chantre
<i>Capella</i>	Capela
<i>Capitulum</i>	Cabido
<i>Carnifex</i>	Algoz
<i>Castelum</i>	Castelo
<i>Castrum</i>	Castelo
<i>Caudel maior</i>	Caudel mor
<i>Cautio</i>	Caução
<i>Cautum</i>	Couto
<i>Census</i>	Censo
<i>Certitudo</i>	Certidão
<i>Charta tuitiva</i>	Interdito
<i>Cives</i>	Cidadão
<i>Cives</i>	Homem bom
<i>Civitas</i>	Cidade
<i>Collecta</i>	Finta
<i>Colonus</i>	Colono
<i>Comes</i>	Conde
<i>Comestabilis</i>	Condestável
<i>Commenda</i>	Comenda
<i>Commendatarius</i>	Comendador
<i>Communis</i>	Comum
<i>Compromissum</i>	Compromisso
<i>Concilium</i>	Câmara
<i>Concordia</i>	Concórdia
<i>Conductor</i>	Rendeiro
<i>Consevalor</i>	Conservador
<i>Consiliarius</i>	Conselheiro
<i>Consilium</i>	Concelho
<i>Consuetudo</i>	Costume
<i>Consul</i>	Consul
<i>Consultatio</i>	Consulta
<i>Contestatio</i>	Contestação
<i>Contractus</i>	Estanco, contrato
<i>Corona</i>	Coroa
<i>Corpus</i>	Corpo
<i>Correctio</i>	Correição
<i>Creditor</i>	Credor
<i>Crimem</i>	Crime
<i>Cubicularius</i>	Camareiro mor
<i>Curia</i>	Corte
<i>Cursor</i>	Corredor de folhas, correio
<i>Custos</i>	Carcereiro
<i>Dardanarius</i>	Almocreve
<i>Decurio</i>	Vereador
<i>Deliberatio</i>	Tensão

<i>Dominus</i>	Senhor
<i>Domus</i>	Casa
<i>Domus portuensis</i>	Casa do Cível
<i>Domus suplicationis</i>	Casa de Suplicação
<i>Dux</i>	Capitão
<i>Dux</i>	Fronteiro mor
<i>Electio</i>	Eleição, nomeação
<i>Emmenta</i>	Ementa, rol
<i>Emphyteusis</i>	Enfiteuse
<i>Emptio</i>	Compra
<i>Episcopus</i>	Bispo
<i>Eques</i>	Cavaleiro
<i>Examinator</i>	Inquiridor
<i>Executor</i>	Testamenteiro
<i>Exemptus</i>	Isento
<i>Famulus</i>	Criado
<i>Feudum</i>	Feudo
<i>Fidecomissum</i>	Fideicomisso
<i>Fideiussio</i>	Fiança
<i>Fideiussor</i>	Fiador
<i>Fines</i>	Limites
<i>Fiscus</i>	Fisco
<i>Flagela</i>	Açoutes
<i>Fodinae</i>	Minas
<i>Forus</i>	Foro
<i>Gabella</i>	Sisa
<i>Gravamen</i>	Agravo, encargo, onus
<i>Gubernator</i>	Governador
<i>Haereditas</i>	Herança
<i>Haeres</i>	Herdeiro
<i>Hommagium</i>	Homenagem
<i>Honor</i>	Honra
<i>Hospitatio</i>	Aposentadoria
<i>Imperium</i>	Império
<i>Inquisitio</i>	Inquirição
<i>Inquisitor</i>	Inquisidor
<i>Insinuatio</i>	Insinuação
<i>Interdictum</i>	Interdito
<i>Interpretatio</i>	Interpretação
<i>Irenarchae</i>	Quadrilheiros
<i>Iurisdictio</i>	Alçada, jurisdição
<i>Janitor</i>	Porteiro
<i>Judaeus</i>	Judeu
<i>Judaeus conversus</i>	Cristão novo
<i>Judex</i>	Juiz (ordinário)
<i>Judex causarum regiae coronae</i>	Juiz dos feitos da coroa
<i>Judicium</i>	Juízo

<i>Jugatio</i>	Jugada
<i>Jurisdictio</i>	Jurisdição
<i>Justitiae</i>	Justiça
<i>Laudemium</i>	Laudémio
<i>Legatus</i>	Embaixador
<i>Legitimatio</i>	Legitimação
<i>Lex</i>	Lei
<i>Limites</i>	Limites
<i>Literae</i>	Letras
<i>Locatio conductio operarum</i>	Trabalho (contrato de)
<i>Locus</i>	Lugar
<i>Macellum</i>	Açougue
<i>Maioratus</i>	Morgado
<i>Marchio</i>	Marquês
<i>Mechanicus</i>	Plebeu
<i>Melioramenta</i>	Benfeitorias
<i>Miles</i>	Soldado
<i>Minas</i>	Minas
<i>Misteres</i>	Mesteres
<i>Molendinum</i>	Moinho
<i>Monetarius</i>	Moedeiro
<i>Monopolium</i>	Estanco
<i>Mos</i>	Costume
<i>Mulcta</i>	Coima
<i>Munus</i>	Cargo
<i>Mutuum</i>	Empréstimo
<i>Naturalis</i>	Natural
<i>Negotium</i>	Negócio
<i>Nobilis</i>	Nobre
<i>Nominatio</i>	Nomeação
<i>Notarius</i>	Escrivão, notário
<i>Novatio</i>	Novação
<i>Nullitas</i>	Nulidade
<i>Nundina</i>	Feira
<i>Obligatio</i>	Obrigaçao
<i>Obreptio</i>	Obrepção
<i>Oecomonus</i>	Mordomo mor
<i>Officium</i>	Ofício
<i>Opinio</i>	Opinião
<i>Oppidum</i>	Lugar
<i>Ordinatio</i>	Ordenação
<i>Ordo</i>	Ordem
<i>Orphanus</i>	Orfão
<i>Pactum</i>	Pacto
<i>Pagus</i>	Aldeia
<i>Partitores</i>	Partidores

<i>Pascua</i>	Pastos
<i>Patria potestas</i>	Poder paternal
<i>Patrimonium</i>	Patrimônio
<i>Patronatus</i>	Padroado
<i>Pensio</i>	Pensão
<i>Perfectus maris</i>	Almirante
<i>Perfectus sclopetariorum</i>	Anadel mor
<i>Persona</i>	Pessoa
<i>Pignoratio</i>	Penhora
<i>Plebeus</i>	Plebeu
<i>Poena</i>	Pena
<i>Portorium</i>	Portagem
<i>Portus</i>	Alfândega
<i>Potestas</i>	Poder
<i>Praeceptor</i>	Comenda
<i>Praeconia</i>	Pregoes
<i>Praecor</i>	Porteiro
<i>Praescriptio</i>	Prescrição
<i>Praeses curialis civilis</i>	Corredor do cível
<i>Praeses curialis criminalis</i>	Corregedor do crime
<i>Praeses provinciae</i>	Corregedor
<i>Praetor</i>	Corregedor
<i>Primiceriatus</i>	Chantre
<i>Princes</i>	Príncipe
<i>Privilegium</i>	Privilégio
<i>Probatio</i>	Prova
<i>Procurator</i>	Procurador
<i>Proeconarius</i>	Pregoeiro
<i>Promotor</i>	Promotor
<i>Provincia</i>	Comarca, província
<i>Provisio</i>	Provisão
<i>Provisor</i>	Provedor
<i>Ptolemarchus</i>	Marechal
<i>Rector</i>	Regedor
<i>Rector justitiae</i>	Regedor da justiça
<i>Regestum</i>	Registo
<i>Regimen</i>	Regimento, governo
<i>Regimentum</i>	Regimento
<i>Regina</i>	Rainha
<i>Regnum</i>	Reino
<i>Regula</i>	Regra
<i>Relatio</i>	Relação
<i>Relegum</i>	Relego
<i>Remedium possessorium</i>	Interdito possessório
<i>Remissio</i>	Remissão
<i>Rescriptum</i>	Alvará

<i>Rescriptum</i>	Rescrito
<i>Respublica</i>	República
<i>Revisio</i>	Revista
<i>Rex</i>	Rei
<i>Rusticus</i>	Camponês
<i>Salarium</i>	Salário
<i>Scriba</i>	Escrivão
<i>Scriptura</i>	Escritura
<i>Senatus</i>	Senado
<i>Senatus aulicus</i>	Desembargador do Paço
<i>Sententia</i>	Sentença
<i>Servitus</i>	Escravidão, servidão predial
<i>Servus</i>	Escravo
<i>Sesmaria</i>	Sesmaria
<i>Sigillum</i>	Selo
<i>Signifer</i>	Alferes mor
<i>Solicitor</i>	Caminheiro, solicitador
<i>Solutio</i>	Pagamento
<i>Sportula</i>	Espórtula, propina
<i>Statuta</i>	Estatutos, posturas
<i>Statutum</i>	Foral
<i>Stipulatio</i>	Promessa (contratual)
<i>Stylus</i>	Assentos, estilo
<i>Subhastatio</i>	Arrematação, hasta pública
<i>Successio</i>	Sucessão
<i>Syndicatus</i>	Sindicância, residência
<i>Syndicus</i>	Síndico
<i>Tabellio</i>	Escrivão, tabelião
<i>Terminus</i>	Termo
<i>Terra</i>	Terra
<i>Territorium</i>	Território, termo
<i>Tertiae</i>	Terças
<i>Testamentum</i>	Testamento
<i>Testator</i>	Testador
<i>Testis</i>	Testemunha
<i>Thesaurarius</i>	Tesqueiro
<i>Tribunal</i>	Tribunal
<i>Tribunal ordium</i>	Mesa da Consciência
<i>Tribunal regii patrimonii</i>	Conselho da Fazenda
<i>Tributum</i>	Tributo
<i>Tutela</i>	Tutela
<i>Tutor</i>	Tutor
<i>Universitas</i>	Universidade, universalidade
<i>Usura</i>	Usura
<i>Usus</i>	Uso
<i>Ususfructus</i>	Usufruto

<i>Vassalus</i>	Vassalo
<i>Vectigale</i>	Tributo
<i>Vectigalia</i>	Impostos
<i>Venator</i>	Caçador mor
<i>Venditio</i>	Venda
<i>Viator</i>	Caminheiro
<i>Vigarius</i>	Vigário
<i>Votum</i>	Tensão

19. ÍNDICE TEMÁTICO

- Aboim (Diogo G. Camacho de), 521 n. 1120
 Absolutismo, 44, 45
 Absolutismo e burguesia, 45, 76 ss.
 Absolutismo iluminista, 401
 Abstracção, 106 n. 107
 Acórdão, 296
 Açougagem, 240
 Actos jurídicos de massa, 21
 Acúrsio, 457 ss. 495
Ad excolendum, 131, 156 n. 256, 289
Ad laborandum, 131
Ad populandum, 131, 289
 Administração central (História), 322 ss.
 Administração honorária, 260 n. 451, 387 n. 797
 Administração judiciária, 252
 Administração medieval (Ineficiência), 167
 Administração militar, 251
 Administração militar e administração civil, 258
 Administração obedencial, 139 n. 219
 Administração sanitária, 249
 Adscrição, 117, 128 s., 135 n. 209
 Adscrição (de cargos), 78, 82 n. 66
 Advogados, 227, 363, 430 n. 917
Aequitas, 452
 Afonso X, 493
Ager publicus, 69, 70, 73
 Agravamentos, 367
 Agravistas, 344, 364 (v. desembargadores dos agravos)
 Agravos, 301, 301 n. 565, 337 s.
 Alçada, 267
 Alcaide (*Castellarius*), 125 n. 189, 153, 251, 396 n. 829
 Alcaides pequenos, 234
 Alcavala, 125 n. 189
 Aldeias, 400 n. 434, 232 n. 434
 Alemanha (Dogmática jurídica), 27
 Alfândegas, 125 n. 189, 295, 300 n. 562
 Alferes mor (*Signifer*), 147
 Almotacaria (Leis de), 193
 Almotacé, 153 n. 189, 194, 249, 253, 259
 Almoxarife, 234, 252
 Alódio, 93, 102, 129, 140 n. 225
Alterum non laedere, 181
 Athusser (L.), 26, 89 n. 79
 Alvará, 123
 Alvará de lembrança, 398
 Alvaro Pais, 306
 Alvazil, 125 n. 189, 172 n. 290, 246
 Amádigo, 158
 Amortização, 102
 Analfabetos, 227, 263, 271, 272
 Angária, 140
 Anúduva, 125 n. 189, 129, 135, 141, 164, 240
 Aparelho de Estado, 45
 Aparelho judiciário, 105
 Aparelho jurídico, 27, 39
 Aparelho político, 104
 Apelação (*Appellatio*) 141, 283 s., 294 ss., 300 s., 337 s.
 Aposentadoria, 141, 164 s., 209, 240, 295
 Aprendiz, 196
 Apresentação, 196, 257, 301 n. 568, 397 n. 833
 Apuramento, 256, 256 n. 442
 Arestos, 413 n. 870
 Argumentação, 466 ss.
 Argumento *a fortiori*, 474
 Argumento *a pari*, 474
 Argumento da autoridade, 475, 476
 "Armas e letras", 102
 Arquivo régio, 363
 Arquivos, 52-53, 365
 Arquivos judiciais e municipais, 21, 262

- Arrendamento, 132
Ars inveniendi, 416
 Assembleia dos concelhos, 214, 233 n. 435, 233 n. 436
 Assembleia dos principais, 118
 Assentos, 515
 Assessor, 266, 277, 266 n. 467, 277 n. 505
 Associações, 212
 Atondo, 84, 84 n. 69, 93 n. 84, 155 n. 255
 Aula régia, 148
 Autonomia municipal, 255 ss.
 "Autoridade e propriedade", 109, 138
 Autoridades, 475
Auxilium, 156, n. 257, 370 ss., 386
 Aviso, 423
 Bairro, 158
 Baldios, 137, 244 ss., 287 n. 527
 Baldo, 317, 462
 Barbosa (Agostinho), 519 n. 1111
 Barbosa (Manuel), 519 n. 1112
 Barbosa (Pedro), 519 n. 1111
 Bártolo, 462, 495
 Bártolo (Comentários de), 260, 271, 495
 Bártolo (Tradução), 496
 Behetrias, 134, 160-161
Beneficium, 84, 155 n. 255, 156 n. 257 e n. 258
 Beneplácito régio, 450 n. 989
 Bens da coroa, 103, 225 n. 416, 286 ss.
 Bens da coroa (Doação), 291 ss., 322 n. 635, 326 ss.
 Bens da coroa (Doações à igreja), 289 n. 536, 319 n. 629
 Bens dos condenados, 295
 Bibliografias, 50
 Bispo de Coimbra, 298
 "Boa razão", 507
 Böhmer (J. H.), 488
Bona fides, 452
 Braços, 379-380
 Breviário de Alarico, 121, 450
 Brunner (O.), 17 n. 6, 161 n. 272
 "Burgos" 231
 Burocracia, 44, 352 s., 364, 384, 393
 "Burocracia descerebrada", 345
 Burocratas, 381, 385, 400
 Cabaneiros, 139
 Cabecel, 136, 140
 Cabedo (Jorge de), 520
 Cálculo económico feudal, 190 n. 340
 Câmara, 237 n. 446, 248
 Câmara de Lisboa, 500
 Camareiro mor, 340 n. 681
 Caminha (Gregório Martins), 521
 Caminheiros, 301
 Cânones (Faculdades de), 435 ss.
 Canonistas, 365
 Capelas, 100 n. 99
 Capitalismo, 39 n. 37, 83, 92 n. 82
 Capitulos, 380
 Carceragem, 240
 Cargos concelhios (Fuga aos), 256, 270
 Cargos municipais, 75
 Cargos palatinos, 393 n. 816
 Carpzov (B.), 488
 Carta Constitucional, 19
 Carta de lei, 423
 Cartas de perdão, 285, 321, 361
 Cartas de povoamento (Cartas pueblas), 151
 Cartas de privilégio, 179, 181
 Cartas de segurança, 234 n. 440, 285, 321, 361
 Casa da Suplicação, 339, 258, 335 n. 670, 339, 364, 380, 434
 Casa das Rainhas, 298
 Casa de Bragança, 298
 Casa do Cível, 340, 343 n. 690, 345, 364, 433
 Casa dos Doze, 153
 Casa dos Vinte e Quatro, 153
 "Casa", 161
 Casais, 135, 139, 140
 Casteleiro, 251
 Castro (Gabriel Pereira de), 521
 Castro (Manuel Mendes de), 520, 523 n. 1128
 Casuismo, 105
 Causa, 474
 Causalidade histórica, 89 n. 79

- Causas eclesiásticas, 322
 Cavalarias, 135
 Cavaleiros vilãos, 135
 Censos, 101, 104 n. 106, 132
 Censúria, 135
 Centralização política, 46 s.
 Chanceler do concelho (*Chancellarius signifer*), 250
 Chanceler mor (*Chancellarius*), 147, 328, 343, 359 n. 728
 Chegadores, 162 n. 274
 Cícero, 485
 Cidadania, 73, 77
 Cidade e campo (na Espanha romana), 71 ss.
 Cidade e campo (na Espanha visigótica), 81, 120
 Cidades, 43, 199, 220 ss.
 Cidades (economia), 237 ss.
 Cidades (na Espanha romana), 71, 74
 "Ciência certa", 296 n. 549
 Ciência jurídica romana, 75, 79
 Circuito financeiro, 167
Citramontani, 457
Cives, 73, 77
 Classes feudais e mundo urbano, 234
 Clementinas de Clemente V, 450 n. 989
 Clero, 225, 377, 379
 Clientela, 77, 84 n. 68, 118
Code Napoleon, 25
 Código, 54, 178
 Código Civil de 1867, 32, 527 n. 1146 a
 Código de Eurico, 116, 120
 Código de Leovigildo, 120
 Código de Recesvindo, 119, 120
 Código Gregoriano, 121
 Código Hermogeniano, 121
 Código Justiniano, 443, 495
 Código Teodosiano, 116, 121, 486
 Código Visigótico (v. *Liber Iudicium*)
 Coimas, 141
 Coisificação do poder (*Verdinglichung*), Colheita (*Collecta*), 164
 Colónia, 135
 Colónias, 70
 Colonos, 72, 93, 139 s.
 Comarca, 430 s.
 Comendas, 99, 100, 296 n. 548
 Comentadores, 324 n. 642, 460 ss.
 Comércio, 189 ss.
 Comércio (Regulamentação do), 192
 Comissário, 45, 400 ss.
 Comissário da Bula da Cruzada, 402 n. 847
 Comisso, 115 n. 125, 134, 136 n. 209
Comitatus, 84 n. 68
 Comparação, 526
 "Complexo histórico-geográfico", 38
 Comunidades perfeitas, 405
 Concelhos, 102, 151 ss., 243, 367, 378, 432
 Concelhos (Bens dos), 137, 151 ss.
 Concelhos (Elitismo), 246, 256, 378 ss. (v. *também* elitismo na administração concelhia)
 Concelhos (Encargos dos), 228
 Concelhos (Intervenção real nos), 251 ss., 267
 Concelhos (Oficiais dos), 243 ss.
 Concessões agrárias, 70, 130, 156 n. 256, 156 n. 257
 Conciliaristas, 304 n. 575
 Concílios, 118, 182
Concilium, 150, 153, 172 ss.
 Concordatas, 530
 Concordatas (v. Concórdias)
 Concórdias, 148, 179, 181
 Condes (*Comes*), 120, 128, 147, 149
 Confirmações, 134, 156, 163, 169 n. 284, 363
 Conring (H.), 487
Conscientia, 452
 Conselheiros, 227 n. 421, 357, 381, 416 ss.
 Conselho da Fazenda, 345, 358, 380
 Conselho da Índia, 346
 Conselho de Estado, 345, 347, 357 n. 717, 380
 Conselho de Guerra, 346
 Conselho de Portugal, 347, 359
 Conselho Geral do Santo Ofício, 346
 Conselho Palatino Visigodo, 119

- Conselho Ultramarino, 346
Consilium, 156 n. 257, 277 n. 421, 370, 386, 416
 Constituição, 44, 47, 311 ss.
 Constituição agrária feudal (Portugal), 101 s., 138 ss.,
 Constituição como tradição, 311 ss.
 Constituições (v. Leis)
 Consulado (*Basilicae*), 295
 Consulado da Índia, 295
 Consulta, 344, 349, 353, 360 n. 732
 Contador do Concelho, 250
 Contadores, 301
 Contia, 85 n. 70, 101, 103, 154, 156 n. 257, 164, 378 n. 777
 Continuidade (problemas da), 441 n. 973
 Contos, 252
 Contrato social, 304 n. 575
 Contratos consensuais, 453
 Contratos fiscais, 325 n. 643
 Contratos régios, 324
 "Contratos", 99
 Contratualismo, 313
Conventus, 74
Conventus publicus vicinorum, 117
 Coroa (Funções da), 162
 Coroa (Património da), 120
 Coroa (Transmissão), 145
 "Corpo", 202 ss.
 Corporações, 43, 195 ss.
 Corporativismo, 205 ss.
 Corporativismo moderno, 205 n. 371
 Corporativo (Sistema político, *Ständeswesen*), 43, 187, 205
 Corporativo (Sistema), 199, 205, 210, 215 ss.
 Corpos, 405
Corpus iuris civilis, 53, 443
Corpus iuris civilis (Edições), 486
 Corregedor da corte, 227
 Corregedores, 154, 234, 252 ss., 260, 273, 297, 338, 429 ss.
 Corregedores da corte, 338, 341
 Correição, 141, 163 n. 276, 283 s., 295, 321
 Corrupção, 277, 512
 Cortes, 148, 249 n. 473, 321, 367 ss., 416.
 Cortes (Convocação), 337
 Cortes (Declínio), 380
 Cortes (Fundamento jurídico), 370
 Cortes de 1679, 314
 Cortes de 1698, 314
 Cortes de Lamego, 368
 Corveia, 93, 140, 141
 Costa (João Martins da), 522 n. 1124
 Costa (Manuel da), 519 n. 1111
 Costume, 176, 260, 272.
 Costume e lei, 424 ss.
 Costumes locais, 424
 Coureiros, 153
 Couto, 85, 133, 141, 150, 157
 Crédito Medieval, 132
 Criados, 227
 Crise do séc. III, 81 ss.
 Crise do séc. XIV, 187 ss.
 Crise política de 1383-5, 308
 Crise política de 1435, 309 n. 601
 Crise política de 1580, 309
 Cristãos novos, 229
 Critério do pecado, 452, 501
 Cujas (J.), 486
 Cultura jurídica, 262
 Cúria de 1211, 148, 177, 182
 Cúria ordinária, 148
 Cúria régia, 143, 148
 Cúria régia extraordinária, 148, 336
 D. Sancho II (Deposição), 144 n. 235, 308
 "Dada", de ofícios, 301 n. 568, 397
 Dapífero (*dapifer*) 147 n. 243
 Décima das Ilhas, 286 n. 527
 Décimas, 295
Decisiones, 413 n. 870, 519
 Decretais de Gregório IX, 423 n. 989
 Decreto, 450
 Decreto de Graciano, 423 n. 989
Decuriones, 71, 75, 93, 102 n. 103
 Definidores, 380
 Democracia antiga, 73
 "Descentramento do sujeito", 22 n. 13
 Desembargadores, 227, 364, 430 n. 917

- Desembargadores dos agravos, 341, 344, 364
 Desembargo do Paço, 301 n. 568, 329, 339, 341, 345, 357, 380, 434
 Despesas da coroa, 164 ss., 252 s.
 Determinação em última instância, 38
 Deveres feudais, 288
Devotio, 77, 84 n. 68
 Dialéctica, 426 s., 509
Digesto, 53 s., 443
 Direito (Autonomia do), 25
 Direito (Certeza do), 121
 Direito (Conhecimento do), 271
 Direito canónico, 182 s., 446, 450 s., 524, 530
 Direito comum, 440 ss., 530
 Direito comum e direito nacional, 262, 271, 515 (v. direito comum)
 Direito consuetudinário, 524 (v. costume)
 Direito da alta idade média (debilidade), 181
 Direito da reconquista, 171
 Direito de rebelião, 305, 307, 309
 Direito divino, 319 s.
 Direito e condicionamentos sociais, 23 ss.
 Direito e moral, 39 n. 38, 66
 Direito erudito, 432 ss.
 Direito expresso, 329
 Direito feudal, 291 n. 539, 324 n. 642
 Direito franco, 171 n. 287
 "Direito igual", 106 n. 107, 178
 Direito justinianeu, 159 n. 264, 162, 302
 Direito local, 260, 271 ss.
 Direito local e direito comum, 271 ss. (v. direito comum)
 Direito local e direito régio, 174, 260, 271, 272
 Direito natural, 30 n. 24, 320
 Direito natural (v. Jusnaturalismo)
 Direito provincial, 79
 Direito público e direito privado, 44, 138
 Direito romano, 78, 80, 182 ss.
 Direito romano (Periodização), 79
 Direito romano (Recepção do) v. Re-
 cepção
 Direito romano e processo económico, 446 ss.
 Direito subsidiário, 442, 492 ss., 500 ss.
 Direitos adquiridos (*Iura radicata*), 324 ss., 331 ss.
 Direitos banais, 141, 236, 240
 Direitos dominicais, 85
 Direitos individuais, 47
 Direitos radicados (v. Direitos adquiridos)
 Direitos reais (Inalienabilidade), 163 n. 277
 Direitos reais (v. *Regalia*)
 Direituras, 140
 Discurso jurídico, 426, 453 ss., 466 ss.
 Distribuidores, 593, 301, 363
 Divórcio, 21
 Dízima do pescado (*Decima piscatorum*), 240, 294, 295
 Dízimas das sentenças, 295
 Dizimeiros, 252
 Dizimos eleciásticos (*Decima*), 240, 294
 Doações fundiárias, 130 ss.
 Doações régias, 154, 164, (v. bens da coroa)
Doctrinal de los pleytos, 492
 Dogmática, 196 ss.
 Dogmatismo jurídico, 35
 "Dois gladios" (Doutrina dos), 120
 Dolo, 453
 Domat (J.), 486
 Domínios jurídicos e a-jurídicos, 39
Dominium, 93
Dominium Directum, 93, 102, 129, 134
Dominium Eminens, 324
Dominium utile, 93, 102, 129, 134
Dominus terrae (*Landsherr*), 85, 149.
 Donatários, 164
 Doneau (H.), 486
 Doutores, 227
Droit de remontrance, 329 n. 662.
 Dualismo, 43, 201
 Duns Scotto, 515 n. 1106
Duoviri, 75

- Duque de Aveiro, 297
Economia (*oeconomia*), 161
"Economia", 211 n. 185
Edicta, 120
Eirádigo, 142
Eleição dos oficiais dos concelhos, 214, 218, 256, 378
Eleições (Confirmação), 253, 297
Eleições dos concelhos, 225 n. 417, 235
Elitismo (da administração concelhia), 256, 269
Emancipações, 362
Embaixadas, 322
Embargos, 330 ss., 402 n. 846
Ementa, 353
Emprazamento v. Enfiteuse
Empréstimos, 381
Encarte, 397 n. 833
Encomendação, 78, 101, 82 n. 66, 118
Enfiteuse, 102, 130 s.
"Enquanto for nossa merce", 398
Ensino da história do direito, 29 ss.
Ensino do direito, 486, 488
Equidade e direito, 452
Ermamento, 127
Erro, 452
Eslavagismo, 83
Escola culta (v. Humanismo jurídico)
Escola da exegese, 32
Escola dos "Annales", 16 ss.,
Escola elegante (v. Humanismo jurídico)
Escola histórica alemã, 14
Escolástica, 143, 510
Escravidão, 71
Escrivães, 228, 246 n. 463, 276
Escrivão da puridade, 340 n. 682, 393 n. 816
"Escusar", 360
"Esforçado", 443
Esmoler mor, 340 n. 681
"Estadística", 45
"Estado", 44, 109 n. 111, 109
Estado absoluto, 44, 201
Estado de direito (*Rechtsstaat*), 47
Estado de natureza, 303
Estado de ordens (*Standestaat*), 187, 202, 264
Estado de polícia (*Polizeistaat*), 44, 46
"Estado do meio", 226
Estado esclavagista, 41, 107
Estado legal (*Gesetzstaat*), 22, 45, 47
Estado liberal, 45, 48
Estado liberal e luta de classes, 48
"Estado nivelado" (*Flachstaat*), 201, 230 n. 430
Estado pessoal, 72
Estado providência (*Wohlfahrtsstaat*), 45
Estado social, 49
Estado territorial, 72
Estado-guarda-nocturno (*État gendarme*), 47
"Estados", 43, 201-202, 220 ss.
Estancos, 99, 295
Estatutos (Teoria dos), 208 (v. também Posturas e direito local)
Estilo (*Stylus*), 294, 350
Estiva, 136, 194
Estradas, 295
Estrutura agrária (da reconquista), 128, 133, 138
Estrutura agrária (na Espanha romana), 71
Estrutura agrária (na Espanha visigótica), 81 ss.
Estrutura agrária (v. Consituição agrária)
Estrutura social, 37
Estruturas lógico-materiais, 311 n. 607
Estudantes, 227
Exame de mestria, 196
Exemplo, 475
Exemptio imperii, 489, 502 n. 1074
Exquisa, 173
Extravagantes comuns, 451 n. 989
Extravagantes de João XXII, 451 n. 989
Família extensa, 161
Fangagem, 240
Fas, 66
Febo (Melchior), 521
Feiras, 313, 193, 321
Ferreira (Manuel Lopes), 521
Feudalidade, 86 n. 73, 88
Feudalismo, 39 n. 36, 81 ss., 154

- Feudalismo (Bibliografia), 83 n. 67, 183 ss.
Feudalismo (Cálculo económico), 98 n. 90
Feudalismo (como regime jurídico-político), 83
Feudalismo (como sistema económico-social), 87, 92, 142
Feudalismo (Direito no), 101, 175
Feudalismo ibérico, 86, 147, 154 ss., 288 n. 533
Feudalismo inicial, 107 ss.
Feudalismo inicial (Funções do sistema político), 169
Feudalismo tardio, 99
Feudo, 288, 387
"Feudo" 203, 131 n. 200
Fidalguia, 228 n. 426
Filologia, 485, 505, 513
Finanças da coroa, 163
Fintas, 231, 240, 280, 363
Firma, 173
Fisco, 164
Flores del Derecho, 492
Fogueiras, 136
Fontes de direito, 181, 184
Forais, 19 ss., 31 n. 26, 137, 147, 152, 243, 292 n. 540
Forais (Reforma manuelina), 527
"Fórmulas visigóticas", 123
Ford, 105
Fossadeira, (ou fossado), 129, 135, 141, 157, 164
Fossado (v. fossadeira)
Fragoso (Baptista), 522
França (Dogmática jurídica), 27
Freire (Pascoal José de Melo), 30 n. 25
Fuero jugo (v. Liber Judicum)
Fuero real, 450, 493
"Funcionário", 45
Funcionários palatinos, 147
Galicismo, 421, 495, 416
Geiras, 97, 140
Generalidade, 106 n. 107
Generalidade (da norma jurídica), 407
Glosa de Acúrsio, 260, 458, 460, 501 ss.
Glosadores, 457 ss.
Glossário português-latino, 531
Glossário latino-português, 537
Gouveia (António de), 505
Goveanus (v. Gouveia, António de)
Governador da Casa do Cível, 390 n. 806
Governadores de armas, 258, 402 n. 846
Governadores do reino, 346 s.
"Governança", 378
Graça e justiça, 336, 358
"Grandes" do reino, 284, 286 n. 525
Grócio (H. de Groot, Grotius), 487
Guerra, 322
Hausherr (v. *Paterfamilias*)
Heineccius (J. G.), 488
Herculano (Alexandre), 21 s., 32
Herdadores, 129, 135 s.
Hereditates, 139
Hermetismo, 418
Hierarquias sociais, 207, 220 ss.
História das instituições, 11
História das instituições (e história das fontes), 11
História das instituições (e história dos dogmas), 11
História do direito, 488
História do direito (Função crítica), 30, 34 ss.
História do direito (Interesse jurídico), 34 ss.
História dos dogmas (*Dogmengeschichte*), 33
História e ciências humanas, 17
História e dogmática, 21
História e ideologia, 29, 246, 255, 269, 368
História e política, 32 ss.
História estrutural, 17 s.
História global, 17
História jurídica quantitativa, 21 n. 12
História social do direito, 17
"Historicismo", 505, 513
Historiografia jurídica (estado actual), 18 n. 7
Homens bons (*viri boni*), 129, 134,

- 153, 172, 176, 244 ss.
Honestas, 452
Honorarios, 77, 114, 105, 260 n. 451, 386
 "Honra" (*honor*), 277, 387, 394
 Honra, 134, 150, 158, 260, 282
Hospitium, 65, 77
 Hotman (F.), 486
 Humanismo jurídico, 481, 484 ss., 513
 Humanismo jurídico (em Portugal), 503 ss.
Humiliores, 77
 Igreja (direitos da), 319
 Igreja e Estado, 119
 Igreja e império, 404
 Igualdade, 106 n. 107
 Igualdade perante a lei, 46 s., 106 n. 107, 407, 412
 Iluminismo, 29, 401, 427, 517
 Imperialismo (romano), 69
 Império, 446
 Impostos, 103, 367, 376, 381, 383
 Impostos (na Espanha romana), 71
 Impostos régios, 252
 Imunidade, 85, 109, 141, 157
 Incerteza do direito, 511
 Individualismo, 407
 Indivíduo, 205, 210
 Indivíduo e história, 22
 Infância, 128
 Infantado, 298
 Informática, 21 n. 12
 Inquirições, 133, 160, 163, 169 n. 284
 Inquiridores, 301, 363
 Inquisição, 346
 Insígnias reais, 321
 Insinuação das doações, 362
 Institucionalismo, 14 s., 15 n. 4
Institutiones, 53
 Integração, 419
 Interpolações, 485
 Interpretação, 419
 Interpretação autêntica, 514
 Intervencionismo, 49
 Ivasões germânicas, 81
 Isenções tributárias, 103, 225 n. 416, 226 n. 417
Iurisdictio, 43, 44, 200, 207 ss., 215 s., 405
Iurisdictio cohaeret territorio, 291
Ius, 66
Ius commune, 404, 417
Ius gentium, 73
Ius praetorium, 79
Ius proprium, 404, 417
Ius proprium e ius commune, 515
 Jacome Ruiz, 492
 Jantar (*collatio*), 141, 165, 281
 Judeus, 229, 246, 256, 526
 Jugada, 136, 140, 165, 295
 Jugadeiros, 252
 Juiz (*judex*), 148 n. 243, 151, 153, 172 s.
 Juiz das coutadas, 138
 Juiz de fora, 429 n. 917
 Juiz dos feitos da coroa, 338 n. 676, 343
 Juizes, 28, 105, 246
 Juizes (Imagem social), 275
 Juizes (Teoria do direito comum), 264
 Juizes das aldeias, 232 n. 434, 267
 Juizes de fora, 153, 234 n. 439, 260, 268
 Juizes de graça, 234, n. 440
 Juizes leigos, 262
 Juizes ordinários, 252, 254
 Juizes ordinários (analfabetismo), 265, 272
 Juizes régios, 234 n. 439, 268
 Julgados, 151
Juncta, 172, 244, 265
 Junta dos Três Estados, 172, 224, 244, 265, 409
 Juri, 269
 Jurisdição, 159, 163, 321, 394, 399
 Jurisdição (origem da), 258, 225 ss.
 Jurisdição (prescrição), 397
 Jurisdição (usurpação de) 219 n. 403
 Jurisdição cível, 267, 336
 Jurisdição criminal, 282, 267, 336
 Jurisdicção, 23
 Jurisdições (Inalienabilidade), 284

- Jurisdições (Prescrição de), 163, 218 n. 399, 291 n. 540
 Jurisdições intermédias
 Jurisdições senhoriais, 300 s.
 Jurisprudência dos interesses, 14
 "Jurista colectivo", 22
 Juristas, 174, 262, 275, 331, 413, 415, 420 ss., 441, 448, 466, 514
 Jusnaturalismo, 404, 414
 Jusnaturalismo (v. Direito natural)
 Jusracionalismo, 13
 Justiça, 408
 "Justiça", 209 s., 221 s. 312, 318
 Justo preço, 194, 196 s.
 Lagaradigo, 142
Land military tenures, 154
 Latim (como língua técnica dos juristas), 418, 441
 Latim jurídico, 27
Latini, 73
 Laudêmio, 134, 137
 Lavradores, 228
Law in action e law in the books, 20
Leal conselheiro, 306
 Leão (Duarte Nunes de), 523 n. 1128
 Legalidade revolucionário, 39 n. 39
Leges metali vipascenses, 79 n. 64
 Legislação visigótica (Âmbito de aplicação), 114 n. 124
 Legistas (v. Letrados), 149, 364, 435 ss.
 Legitimação, 294, 362
 Lei, 21, 44, 50, 121, 423, 120, 121, 147, 177 ss., 423, 525
 Lei (Dispensa da), 293, 296, 323 n. 638, 363
 Lei (Espécies), 423
 "Lei das citações", 122
 Lei e costume, 265 (v. costume e lei)
 Lei e direito vivido, 18 ss.
 Lei e privilégio, 410
 Lei e rei, 144
Lei mental, 286 ss.
 Leiras, 139
 Leis (Faculdades de), 435 s.
 Leis (Feitura das), 371 n. 762, 372, 373
 Leis (Publicação), 525
 Leis das Cortes de Lamego, 314 n. 613
 Leis fundamentais, 313
 "Leituras de bacharéis", 593, 363
 Lesão, 197
 Letrados, 43, 105, 148, 180, 218, 222, 223, 246, 298 n. 558, 309 s., 331s., 335 n. 670, 434
 Levas, 232
Lex romana visigothorum, 121, 183
Leyser (A.), 488
 Lezírias, 287 n. 527, 289
Liber Judicum, 118, 121, 143, 174 n. 296, 181 s.
 Liberalismo, 39 n. 36, 42
 Liberdade formal, 48
 Lima (Amaro Luís de), 520
 Limites do poder, 47, 310 ss.
 Limpeza de sangue, 102, 246, 387
Litem sua facere, 271 n. 481
 Livro da virtuosa benfeitoria, 303, n. 571, 306
Livro das leis e posturas, 525 n. 1140
 Lobão (Manuel de Almeida e Sousa), 23
 Lógica, 463, 469, 507 ss.
 Longa duração (Fenômenos de), 22, 37 ss.
 Lutuosa, 134
 Macedo (António Sousa de), 521 n. 1120
 Magistraturas concelhias, 244, 256 ss.; 259 ss.
Magna Glosa (Tradução), 495
Maiorinus, 252
 Maladia, 116, 140
 Manaria, 135 n. 209
Mandationes, 149
 Mandato imperativo, 379
 Mandato representativo, 379
Manoir, 158
 Manuais de história do direito, 50
 Maravedis (v. contia), 85 n. 70, 146
 Marxismo, 88
 Marxismo (e história social do direito), 15
 Materialismo, 25, 28 n. 20

Matérias "de governo", 337 s., 345, 357 s.
 Matriarcado, 62
 Mecânicos, 153, 202, 225 s., 269
 Meias anatas, 295, 399
 Meios de produção (Titularidade no feudalismo), 92 ss.
 Meirinho (*Maiorinus*), 148 n. 243, 153, 234, 396 n. 829
Meliores terrae, 43
Mercenarius, 386
 Merêa (Manuel Paulo), 33
Mero imperio, 111 n. 114, 159 n. 264, 336, 405
 Mesa da Consciência e Ordens, 345
 Mesterais, 153, 196, 198
 Mesteres (Participação nos órgãos concelhios), 214, 236 n. 445, 256
 Mestres de tenda, 196, 214
 Minas, 294
 "Misericórdia" 452
 Misto império, 111 n. 114, 159 n. 264
 Miunças, 140
 Modo de produção, 89 n. 79, 90 ss.
 Modo de produção feudal, 92 ss., 95 n. 87
 Modos de produção, 37, n. 35
 Moeda, 111, 145, 294, 322, 367
 Moeda (Quebra da), 145 n. 238, 149 n. 749
 Moendas (*Molendinae*), 295
 Monarquia agrária, 165
 Monopólio senhorial da terra, 93, 101, 128, 130
 Monopólios, 357, 212, 295
 Montes maninhos, 295
 "Morabitino", 129 135
 Moradias, 100, 103, 201
 Moral, 319 s.
 Mordomo, 252
 Mordomo (*Maiordomus*), 139, 153, 162, 235
 Mordomo-mor, 340 n. 681
 Mordomos pequenos, 252
 Morgados, 103, 189, 225 n. 417, 325 n. 644, 362
 Mordomo-mor (*Maiordomus curiae*), 340 n. 681, 393 n. 815
Mos, 66
 Mosteiro de Alcobaça, 298
 Mosteiros, 128 s.,
Motu proprio, 296 n. 549
 Mouros, 395, 229, 526
 Muçulmanos, 112 n. 122, 125 s.
 Mulheres, 229
 Municipalismo, 255
 Municípios (romanos), 70, 75
 "Não obstante...", 296, 324 n. 638
 Natural (Senhorio), 146, 162
 Natural (Súbito), 102, 110 s., 111 n. 115, 230
 Natureza (Vínculo de), 102, 110, 146
 Natureza das coisas, 312 n. 607, 416
 Negócio jurídico (Teoria do), 453
 Neo-corporativismo, 49
 Nobreza, 216, n. 417, 377, 379
 Notários (v. Tabeliães)
 Novelas (*Novellae*), 54, 443
 "Novo código", 314, 368
Nueve tiempos del juicio, 854, 492
 "Nulle terre sans seigneur", 101
 Obreiros, 196
 Obrepção, 296, 323 n. 638, 330
Obsequium, 84
 Occam (Guilherme), 515 n. 1106
Officium, 221, 385 ss., 394
Officium mercenarium iudicis, 264
Officium nobile iudicis, 264
Officium palatinum, 117, 148
 Oficiais, 196
 Oficiais das câmaras, 250
 Ofício, 45
 Ofícios, 331 n. 668, 384 ss.
 Ofícios (Arrendamento), 389 ss.
 Ofícios (Concepção funcional), 394 ss.
 Ofícios (Criação), 396
 Ofícios (Dada de) (v. "dada" de ofícios)
 Ofícios (Hereditariedade), 390, 396, 401
 Ofícios (Patrimonialização), 391
 Ofícios (Provimento), 397
 Ofícios (Teoria feudal dos), 385 ss.
 Ofícios (Venalidade), 388 ss.

Ofícios da fazenda, 316 n. 829, 295
 Ofícios da justiça, 396 n. 829, 295
 Ofícios dos concelhos (venda), 280
 Ofícios senhoriais, 301 n. 567
 Ofreção, 135, 240
Opinio communis doctorum, 260, 475 ss., 502, 506, 511, 513
 Oralidade processual, 261
 Orçamento (Controlo do — no séc. XIX), 19
 Orçamento do concelho, 281 n. 513
 Ordem de Malta, 298
 Ordem jurídico-política burguesa, 31
Ordenações Afonsinas, 600, 525 s.
Ordenações de D. Duarte, 525
Ordenações Filipinas, 503, 527
Ordenações Manuelinas, 502, 526
 Ordenamento jurídico, 401 ss.
 Ordens, 41, 43, 44, 105, 179, 201, 221
 Ordens e classes, 220 n. 407
 Ouvidor da rainha, 343
 Ouvidores, 162, 204 s., 300 s.
 Ouvidores da Casa da Suplicação, 430 n. 917
 Ouvidores do Cível, 336 n. 671,
 Ouvidores do Crime, 336 n. 671, 341
 Ovençais, 147 n. 243, 167 n. 284
Pactum sunt servanda, 181
Pactum societatis, 311, 313
Pactum subjectionis, 304, 307
 Padroado, 100 n. 99, 145, 145 n. 239, 270, 295, 296
 Padroado real, 145, 288, 295
 Padrões de juro, 104, 155
Pagi, 81
Pandectas (v. digesto)
 Parada, 164
 Paramos, 158
 Parceria, 132
 Parlamentarismo, 368
 Particularismo (da norma jurídica), 404
 Particularismo jurídico, 105, 178, 180
 Passe, 360 n. 732
 Pastos comuns (*pascua communia*), 138, 287 n. 527
Paterfamilias, 161
 Patrimonialismo, 87, 108, 386, 421
 Património da coroa, 211, 288
 Património fiscal, 288
 Patrimónios colectivos, 212
 Patronato, 77, 84 n. 68
 Pautas, 256
 Pecado, 144
 Pedidos, 241, 367
 Pegas (Manuel Álvares), 519
 Peitas, 141
 Pelouros (Eleição), 248, 257
 Penas pecuniárias, 280
 Perdão, 325 n. 645
Peregrini, 73, 76, 79
 Pereira (Bento), 523 n. 1128
 Perfilhamentos, 294
 Periodização, 37 ss., 40 ss.
 Personalidade política, 108
 Pessoa colectiva (*corpora, collegia, universitates*), 215
 Peste negra, 187, 250, 254
 Petrus Ramus, 484
 Pinhel (Aires), 519 n. 1111
 Platonismo, 485
Plenitudo potestatis, 489
 Pobres, 228
 Poder (Finalidades do), 318, 320
 Poder (Limites do), 310 ss.
 Poder (Origem do), 143, 303
 Poder (Sede do), 382, 384
 Poder absoluto, 296, 317
 Poder constituinte, 313 s.
 Poder económico, 161
 Poder real (Conteúdo), 143
 Poder real (Limitações), 142 s.
 Poderes senhoriais, 161, 282 ss.
 Porção, 135, 140
 Portagem (*Portaticum*), 141, 240, 295
 Portaria, 423
 Porteiro da câmara, 250
 Porteiros, 300, 364
Portorium, 71
 Portugal (Domingos Antunes), 522
Possessio, 70 n. 50
 Posturas (*Satuta*), 216, 243 ss., 253, 225 n. 493, 260, 267, 363 s.

- Potestas extraordinaria*, 296, 317, 318, 320
Potestas ordinaria, 317, 319
 Povo, 108, 143 n. 230, 202, 226 n. 418, 230, 337
 Povos primitivos (Direito dos), 66, 171 n. 287
 Praxística, 516, 521
 Precária, 93 n. 84
Precaria data, 116, 131
Precaria oblata, 101, 116, 131, 132
Precarium, 155 n. 255
 Precedências, 258 n. 446
 Pregoeiro (*Praeconarius*), 250
 "Prejuízo de terceiro", 296 n. 549
 Préstamo, 131 n. 200, 155 n. 255, 159 n. 263, 164
 Prestimônio (v. préstamo)
 Presúria, 93, 101, 126 s., 135 n. 209, 158
 Pretor, 78
 Primeiro Ministro, 348
 Primogenitura, 287
 Princípio monárquico, 382
Privati, 115, 127, 134
 Privilégio, 105, 106 n. 107, 180 n. 320, 224 n. 415, 404 n. 851
 Privilégio contratual ou remuneratório, 174 n. 402, 219, 288, 324
 Privilégio geral, 224
 Privilégios locais, 272
 "Pro expressis" 296
 Probabilismo, 404 n. 868, 426, 471 ss., 475, 512, 513 n. 1105
 Processo alto-medieval, 173
 Processo burocrático, 353 ss.
 "Processo de autos", 353 ss.
 Procurador do concelho (*Procurator*, *Syndicus*), 214, 250
 Procuradores às cortes, 378
 Propriedade e autoridade, 82
 Propriedade nobre, 133
 Protocolo, 261
 Provedor dos hospitais (*provisor*) 251
 Provedor mor, 340 n. 682
 Províncias (Romanas), 73 ss.
- Provisão, 423
 Publicanos, 70 n. 49
 Quadrilheiros, 251
Quattorviri, 75
 Quinta (*Quintana*), 139, 158
 "Quod omnes tangit...", 372 n. 763, 375
 Razão (*Ratio*), 135
 Racionalismo, 414 ss., 506 s.
Ratio, 414, 415
 Real de água, 295
 Recepção, 440 ss., 489 ss.
 Recepção prática, 487
 Reconquista, 126
 Recursos, 253, 363, 418
 Recursos contra actos do poder, 328
 Reforma dos estudos jurídicos, 515
Regalia (*Hoheitsrechte*), 85, 86, 112, 137 n. 214, 146 n. 240, 162, 264, 282 ss., 288, 292 ss., 295, 320
 Regedor da justiça, 790 n. 806
 Regime senhorial, 85, 88
 Regimento da Instituta, 506
 Regimento do reino de 1438, 314 n. 611
 Regimentos da casa real, 148
 Reguengos, 135, 136, 141 n. 225, 149, 225, notas 416 e 417, 289 295, 231
 Reguengueiros, 136 n. 211
 Rei, 153 ss., 302 ss.
 Rei (no reino visigótico), 119
 Rei e lei, 309, 317, 322 ss.
 Rei e oficiais, 398
 Reino (*Regnum*), 115, 321 n. 634
 Reinoso (Miguel) 522 n. 1124
 Relação (*Parlamentum*), 293, 296, 321
 Relêgo, 142, 165, 240
 Relegueiros, 252
 Renda feudal, 93 ss., 141 s., 200 ss.
 Renda feudal (Cobrança centralizada), 99, 200 s.
 Renda feudal (Espécies), 96, 130
 Rendas do "verde", 138
 Rendas senhoriais (do mundo urbano), 239
 Repertórios, 521

- Reposteiro mor, 340
 Repto, 1/3
 Reserva, 95, 97, 139
 Residências (*Syndicatus*), 295, 296, 363, 418, 419
 "Restauração", 367, 402, 420
 Restituição de fama, 294, 363
Reverentia, 77, 84
 Revistas, 344 n. 692, 363
 Revolução de 1820, 368
Rex eris si recte facias, 120, 143 n. 231
Rex est imperator in regno suo, 489
 Ribeira (Manuel Soares da), 519 n. 111 s.
 Rios, 295
 Romantismo, 171
 Romanização da península, 80
 Saboarias, 295
 Sacadores (*Saquitarii*), 250
 Sacas, 300 n. 562
Sacrum consistorium, 147
 Saião, 172 n. 291, 234
 Salário, 276, 386, 387 n. 797
 Salário (dos juizes), 276
 Salinas, 231, 295
 Sanjoaneiras, 135
 Santo Isidoro de Sevilha, 120, 143, 144 n. 231
 Santo Ofício (v. inquisição)
 "Se assim he...", 398
 Sé de Braga, 296
 Secretarias de Estado, 348, 357, 359
 Senhorio jurisdicional, 99, 102, 138, 148, 188
 Senhorio territorial, 99, 138, 142, 188
 Senhorios, 85, 154, 260, 282 ss., 297
 Senhorios (Venda de), 299
 Sentenças, 325
 Sentenças (Motivação), 418
 Separação de poderes, 408 ss.
 Serventias, 363, 389 ss.
 Servidão, 93
- Sesmarias, 188, 231, 288, 295, 363
 Sesmarias (Lei das), 189
- Sesmeiros, 153, 231
 Sesmos, 231
Siete Partidas, 304, 450, 493
Signifer, 147
 Silva (Manuel Gonçalves da), 520
 Simonia, 391
Sippe, 115
 Sisas, 294
 Sistema jurídico e inovação normativa, 472 n. 1013
 Sistematização, 485, 489 ss.
 Sobrejuizes, 175
 Sobrejuizes da Casa do Cível, 341
 Soldada (v. contia), 85 n. 70
Solve et repete, 330
Status, 221
Statuta, 406 (v. posturas)
Stipendium, 84, 118, 155 n. 255
 Struve (G. A.), 488
 Submissão vassálica, 131, 132
 Subrepcão, 296, 323 n. 638, 330 s.
 Subsistências, 191, 239
Suum cuique tribuere, 181
 Suzerania reverencial, 63
 Tabelamento dos preços e salários, 189, 191, 193, 233
 Tabelamentos (v. Almotacaria)
 Tabeliães, 175, 276, 283, 295, 300, 302 n. 569, 363, 396 n. 829
 Talhas, 232, 210, 281
 Tartessos, 66
 Tenças, 100
 Tenência, 84, 130, 149 s.
 Tenências beneficiais, 155
 Tenentes, 149 ss.,
Tenures militares, 154
 Terça, 125 n. 189
 Terças dos concelhos (*Tertiae oppidorum*), 100, 106, 240, 294, 295
Terçuelos, 294
 Termo, 232 n. 434, 282, 431
Terra indominicana, 95, 139
 Terrádigo, 135, 140, 280
 Terras, 149
 Terras afosseiradas, 134 s.
 Terras alodiais (v. Alódio)

- Terras comunais, 241 (v. Baldios)
 Terras foreiras, 130 134 s., 140
 Terras jugadeiras, 136
 Terras tributárias, 102
 Território, 150 n. 250, 153
 Territórios, 119, 149
 Tesoureiros do concelho, 250
 Testamentos, 254, 325
 "Textualismos", 504, 515, 309, 319
 Tiranocídio, 309
 Tombos, 363
 Tópica, 385 n. 820, 426 s., 470
 Trabalho assalariado, 70
 Tradição, 182, 312, 322, 421
Translatio imperii, 487, 488
 Triboniano, 485
 Tribunal da corte, 174 s., 335, 350 ss., 371, 433
 Tributos, 164, 288, 321
Tuitio, 214
 Tutela, 453
Ultramontani, 457
 Universidade de Coimbra, 298
 Universidades, 321, 364, 435, 455, 491
 Usura, 104 n. 106
Usus modernus pandectarum, 487, 523
 Valasco (Álvaro), 519, 521
 Válidos, 347
 Vassalagem, 156 n. 258, 386 s.
 Vassalo 84, 102 n. 101, 144, 146, 156
 Vedor, 147 n. 243
 Vedores da Fazenda, 339, 343
 Vedores das obras, 250
 Velleiano (*Senatusconsulto*), 229
Vi coactiva, 306, 319 s., 323
Vi directiva, 306, 319 s., 319, 323
 Vigário, 160 n. 268, 162
Villa, 139
Villae, 81
 Vínculo político geral, 111, 230
 Vínculos, 102
 Vínculos políticos particulares, 77, 82, 87, 108, 146 s.
 Vingança privada, 169
 Visigodos, 113 ss.
 Vizinhos (*Incolae, indigenae, cives*) 153
 Voluntarismo, 414
 Vulgarização (*Vulgarrecht*), 79, 120

20. ÍNDICE DE AUTORES CITADOS

(Indicação do lugar das referências completas dos autores e obras citados)

- Abadia, J. Lalinde, 347 n. 700
 Aboim, D. G. Camacho de, 225 n. 417, 261 n. 458, 521 n. 1120
 Abranches, J. dos Santos, 450 n. 989
 Adrião, J. M., 238 n. 517
 Ajello, R., 316 n. 616, 221 n. 407
 Alarcão, J., 80. 433 n. 928
 Albi, F. de, 253 n. 484
 Albuquerque, Martim de, 51, 335 n. 670, 206 n. 372, 112 n. 121, 489 n. 1039, 303 n. 571, 495 n. 1063
 Albuquerque, Ruy de, 51
 Almeida, Fortunato de, 184. 51
 Alonso, Benjamin Gonzalez, 253 n. 484
 Althusser, L., 26 n. 18, 16 n. 5
 Amaral, A. Caetano, 157 n. 261, 369 n. 754
 Amaral, A. Cardoso do, 197 n. 364
 Amaro, J. E., 349 n. 707
 Anderson, P., 203 n. 370, 80, 370 n. 770a
 Andrade, A. Banha de, 247 n. 467, 224 n. 413
 Araújo, J. da Silva, 288 n. 423, 277 n. 803
 Arnaud, A. - J., 106 n. 107
 Aron, R., 26 n. 18
 Arranz, F. Arribas, 276 n. 802
 Arriaga, J. de, 369 n. 755
 Arribas, A., 67
 Artola, M., 51
 Ascensão, J. Oliveira, 34 n. 33
 Astuti, G., 321 n. 633, 210 n. 383
 Aulant, F., 436 n. 963
 Azevedo, J. L., 165 n. 279
 Azevedo, P., 158 n. 262
 Aznar, A. Bermudez, 253 n. 484
 Baião, A., 51
 Balibar, E., 37 n. 35, 26 n. 18
 Bances, Prieto, 131 n. 201
 Baptista, A. S. Sousa, 135 n. 208
 Barbero, A., 82 n. 66
 Barbosa, Agostinho, 519 n. 1111
 Barbosa, J. Morais, 306 n. 576
 Barbosa, Manuel, 519 n. 1112
 Barbosa, Pedro, 265 n. 463
 Barbosa, Simão Vaz, 478 n. 1026
 Barel, Y., 230 n. 432
 Barnes, T. G., 260 n. 451
 Baroja, J. Caro, 67
 Barros, H. da Gama, 183. 51
 Baruque, J. Valdeon, 274 n. 496
 Basto, A. Magalhães, 255 n. 493, 245 n. 462
 Béchard, F., 266 n. 465
 Below, G. v., 202 n. 370, 83 n. 67
 Bendix, R., 87
 Berenger, J., 348 n. 703
 Bermejo, J. L., 322 n. 636
 Birdsall, J., 323 n. 638
 Black, A., 203 n. 370
 Blanke, Th., 33 n. 31
 Blasquez, J. M. 71 n. 52, 80
 Bloch, M., 84 n. 67, 16 n. 6
 Bluche, F., 348 n. 703
 Bobbio, N., 203 n. 370
 Bodin, Ch., 385 n. 790
 Boeckenoerde, E., 210 n. 385
 Bordes, M., 230 n. 432
 Borges, A. Cardoso, 255 n. 493
 Borges, J. Ferreira, 58
 Bosch-Guimpera, 67
 Braga, A. Vieira, 255 n. 493
 Braga, Teófilo, 437 n. 966
 Brandão, D. P., 490 n. 1042
 Brandão, M., 420 n. 892, 515 n. 1108

- Brásio, A., 308 n. 599
 Braudel, F., 16 n. 6, 37 n. 35
 Brazão, E., 450 n. 989
 Brito, A. do Rocha, 240 n. 449
 Brugi, B., 457 n. 995
 Brunner, O., 230 n. 430, 210 n. 385, 84 n. 67, 17 n. 7
 C.E.R.M., 183
 Caeiro, F., 349 n. 705
 Caetano, Marcello, 184, 367 n. 749, 346 n. 696, 365, 154 n. 254, 261 n. 451a, 50. 191 n. 346
 Calasso, F., 480 n. 1030, 457 n. 995, 184, 209 n. 381
 Calvez, J.-Y., 26 n. 18
 Cam, H., 371 n. 770, 370 n. 759
 Cambridge (The) Economic History of Europe, 187 n. 330
 Canning, J. P., 203 n. 370
 Canotilho, J. Gomes, 48 n. 41
 Capitani, O., 449 n. 987
 Carlton, Ch., 260 n. 451
 Carlyle, R., 303 n. 571
 Carneiro, J. J. da Silva, 450 n. 989
 Caron, P. G., 385 n. 791
 Carvalho, J. L. Freire de, 369 n. 755
 Carvalho, João de, 225 n. 417
 Castro, A., 87 127 n. 193, 164 n. 278, 155 n. 254, 145 n. 238, 184
 Castro, Aníbal P., de 478 n. 1026
 Castro, G. Pereira de, 520 n. 116
 Castro, M. Mendes de, 386 n. 797, 58
 Catalano, G., 212 n. 386
 Cerroni, U., 73 n. 54, 106 n. 107
 Chaby, Cl., 346 n. 698
 Checchini, A., 457 n. 995
 Cheyette, F., 210 n. 382
 Childe, V. Gordon, 67
 Chorat, F., 203 n. 370
 Claval, P., 150 n. 250
 Clavero, B., 189 n. 332, 91 n. 79, 160 n. 270, 102 n. 103, 26 n. 18, 99 n. 92, 138 n. 216, 102 n. 103, 109 n. 111
 Cockburn, J. S., 276 n. 802, 260 n. 451
 Coelho, M. H. Cruz, 115 n. 125, 128 n. 195, 187 n. 329
 Coing, H., 51, 435 n. 933
 Collaço, J. T. Magalhães, 315 n. 614, 268 n. 472
 Colomi, V., 412 n. 868
 Contii, A., 291 n. 539
 Correia, L., 424 n. 902
 Correia, Vergílio, 195 n. 360
 Cortazar, J. A., Garcia de, 82 n. 66
 Cortese, E., 412 n. 868
 Costa, A. Carvalho da, 268 n. 474
 Costa, A. S. Sousa, 491 n. 1047, 306 n. 576
 Costa, Avelino J. da, 148 n. 244, 97 n. 88
 Costa, J. Martins da, 522 n. 1124, 227 n. 422
 Costa, M. J. Almeida, 32 n. 29, 490 n. 1042, 460 n. 999, 491 n. 1046, 261 n. 452, 261 n. 451a, 132 n. 203
 Costa, P., 111 n. 114
 Coulanges, Fustel de, 80
 Craveri, P., 266 n. 465
 Cruz, G. Braga da, 25 n. 17, 40 n. 40, 261 n. 451a, 184, 79 n. 64
 Cruz, S., 80
 Cuadrado, J. Gutierrez, 224 n. 413
 Cunhal, A., 188 n. 330
 Dhouquois, G., 90 n. 79
 Dias, L. F. Carvalho, 52
 Diaz, F., 405 n. 855
 Dolezalek, G., 21 n. 12
 Dopsch, A., 83 n. 67
 Duarenii, F., 291 n. 539
 Duerr, J. U., 301 n. 567
 Dumezil, G., 221 n. 408
 Durand, G., 350 n. 709
 Durand, R., 128 n. 195
 Duverger, M., 48 n. 41
 Echtler, U., 348 n. 703
 Elscano, A. B., 510 n. 1089
 Ellul, J., 114 n. 124
 Elsener, F., 276 n. 802
 Engisch, K., 197 n. 363
 Ermini, G., 477 n. 1024

- Eermini, G., 477 n. 1024
 Escudero (Iopez), J. A., 18 n. 7, 347 n. 701, 348 n. 703
 Faro, J., 369 n. 752, 335 n. 670
 Febo, Melquior, 199 n. 369
 Fédou, R., 436 n. 963
 Fernandes, Rogério, 306 n. 577
 Ferreira, Delfim, 205 n. 371
 Ferreira, F. Bandeira, 283 n. 517
 Ferreira, J. A., 493 n. 1056
 Ferreira, M. L., 420 n. 891
 Fevbre, L., 16 n. 6
 Figueiredo, J. Anastácio de, 268 n. 472, 158 n. 262, 57
 Flach, J., 80
 Fonseca, Pedro da, 478 n. 1026
 Foucault, M., 23 n. 13, 440 n. 972
 Fourquin, G., 183
 Fragoso, Baptista, 197 n. 455
 Freire (dos Reis), Pascoal de Melo, 30 n. 25
 Fried, J., 450 n. 988
 Galsterer, H., 74 n. 57
 Ganshof, F., 84 n. 67, 155 n. 254
 Garcia-Gallo, A., 66 n. 7, 114 n. 124, 51
 Garcia, A. Garcia y, 491 n. 1047
 Garriçon, F., 329 n. 662
 Genzmer, E., 462 n. 1002
 Gerhard, D., 266 n. 465
 Gierke, O., 206 n. 372, 203 n. 370
 Gijon, J. Martinez, 276 n. 802
 Gilissen, J., 51
 Girão, A., 150 n. 249
 Giuliani, A., 477 n. 1023
 Godelier, M., 67
 Godinho, V. Magalhães, 37 n. 35, 166 n. 282, 223 n. 412, 16 n. 6
 Gomes, J. Ferreira, 29 n. 23
 Gonçalves, R., 229 n. 427
 Gordo, J. J. Ferreira, 527 n. 1148
 Gortitz, A., 48 n. 41
 Goubert, P., 220 n. 407
 Grassotti, H., 114 n. 234
 Grossi, P., 421 n. 894, 447 n. 981
 Grupo 73, 291 n. 539
 Guenée, B., 436 n. 963, 150 n. 250
 Guichard, R., 126 n. 190
 Guilarte, A. M., 160 n. 270
 Harnecker, M., 37 n. 35
 Herculano, A., 115 n. 125, 183
 Hespanha, A. M., 106 n. 106, 102 n. 103, 31 n. 26, 33 n. 31, 35 n. 34, 19 n. 9, 16 n. 5, 50, 26 n. 23, 15 n. 4
 Hindess, B., 67
 Hintze, O., 394 n. 817, 202 n. 370, 83 n. 67, 203 n. 370, 84 n. 67
 Hirsch, E., 449 n. 986
 Hirst, P. Q., 67
 Hofmann, H., 84 n. 67, 203 n. 370
 Holoway, J., 48 n. 41
 Homem, A. L. Carvalho, 335 n. 670
 Homem, A. Leitão, 424 n. 902
 Horn, N., 462 n. 1003
 Iribarne, F., 388 n. 799
 Irsay, D. d', 435 n. 933
 Jung, N., 306 n. 576
 Izicki, Th., 308 n. 599
 Jacoby, H., 384 n. 789
 Junior, Cl. P. Andorinho, 255 n. 493
 Kagan, R., 421 n. 893, 437 n. 963, 436 n. 933
 Kaiser, A., 106 n. 107
 Katutsa, A., 449 n. 986
 Korinmam, M., 150 n. 250
 Koschaker, K., 446 n. 976
 Krauss, A., 348 n. 703
 Kruger, H., 210 n. 385
 Kuehnl, R., 48 n. 41
 Kula, W., 91 n. 81
 Kunkel, W., 80
 Labrousse, C. E., 220 n. 407
 Lafont, G. A., Tell, 266 n. 465
 Landim, N. Coelho, 265 n. 464
 Langhans, F.-P. Almeida, 112 n. 120, 195 n. 360, 261 n. 453, 261 n. 451a
 Larenz, K., 15 n. 4
 Latorre, A., 13 n. 2
 Leão, Duarte Nunes de, 195 n. 360
 Lefvbre-Teillard, A., 385 n. 791
 Legendre, P., 365, 365

- Leiser, W., 405 n. 851
 Leitão, A. Lopes, 363 n. 740
 Leitão, J., 258 n. 447
 Leitão, M. Homem, 261 n. 458
 Levi-Strauss, Cl., 61 n. 43
 Lima, A. Luís de, 520 n. 1114
 Lobo, A. S. S. Costa, 145 n. 237
 Loeb, A. H., 266 n. 465
 Lombardi, L., 416 n. 834
 Lopez, G., 493 n. 1057
 Lot, F., 80
 Loureiro, F. Sales, 349 n. 706
 Loureiro, J. P., 255 n. 493, 232 n. 434
 Lousse, E., 203 n. 370
 Lowie, R. H., 67
 Loyseau, Ch., 291 n. 539
 Lundgreen, P., 384 n. 789
 Lusitano, B. Egidio, 213 n. 389
 Luz, F. P. Mendes da, 346 n. 696
 Macedo, A. de Sousa, 521 n. 1120
 Macedo, J. Borges de, 369 n. 753, 203 n. 370, 221 n. 407, 297 n. 554, 31 n. 26
 Machado, A. R., 184
 Magueijo, C., 80
 Maitland, F. W., 206 n. 372
 Malafosse, J. de, 184
 Manescal, A., 195 n. 359
 Maravall, J. A., 203 n. 370, 224 n. 413, 206 n. 373
 Marin, J. M., Garcia, 18 n. 7
 Marongiu, A., 371 n. 770, 239 n. 447
 Marques, A. H. Oliveira, 157 n. 261, 231 n. 433, 87, 187 n. 329, 67, 183
 Marques, A. J., 437 n. 963
 Martinez, P., 436 n. 963
 Martinez, P. S., 196 n. 362
 Marx, K., 96 n. 87
 Matos, Luís de, 491 n. 1047
 Matteucci, N., 203 n. 370
 Mattoso, J., 128 n. 195, 128 n. 194, 181 n. 322
 Mauss, M., 61 n. 44
 Mayer, Th., 83 n. 67, 321 n. 633, 84 n. 67
 Mazzacane, A., 18 n. 7
 Medicis, Stephano de, 266 n. 465
 Melo, Ana M. O. Pereira de, 52
 Melzer, I., 35 n. 34
 Merchan-Alvarez, A., 18 n. 7
 Merêa, M. Paulo, 116, 87, 84 n. 69, 261 n. 451a, 19 n. 10, 155 n. 255, 50, 152 n. 253, 152 n. 253, 306 n. 579, 112 n. 121, 303 n. 571, 362 n. 738, 346 n. 696, 507 n. 1084, 492 n. 1053, 157 n. 261, 348 n. 703, 184, 184, 86 n. 69, 150 n. 249
 Miaille, M., 91 n. 79
 Michaud-Quantin, P., 203 n. 370
 Mitteis, H., 162 n. 273, 83 n. 67
 Mohnhaupt, H., 412 n. 868
 Molina, Luís de, 210 n. 382
 Moncada, L. Cabral de, 40 n. 40, 15 n. 4
 Monteiro, Armindo, 252 n. 481
 Morato, F. M. T. Aragão, 348 n. 703, 343 n. 691, 378 n. 775
 Moreira, V., 39 n. 39, 48 n. 41
 Mortari, V. P., 477 n. 1023, 412 n. 868, 456 n. 993
 Mousnier, R., 203 n. 370, 348 n. 703, 220 n. 407, 388 n. 799
 Moxó, S. de, 88 n. 78, 138 n. 216, 291 n. 539
 Musi, A., 203 n. 370, 221 n. 407
 Neves, A. Castanheira, 39 n. 39, 13 n. 2
 Nogueira, J. A. Duarte, 501 n. 1071
 Nogueira, Ricardo Raimundo, 30 n. 25
 Noronha, Sancho de, 224 n. 413
 Nunes, A. J., 92 n. 81
 Olagüe, I., 126 n. 190
 Olavo, C., 491 n. 1047
 Oliveira, E. Freire de, 255 n. 493
 Oliveira, L. da Silva Pereira e, 225 n. 417
 Oliveira, M. L., 261 n. 458
 Ors, A. d', 80, 70 n. 50
 Ortiz, A. Dominguez, 382 n. 784, 229 n. 558
 Otero, F. de, 385 n. 790
 Ott, J., 321 n. 633

- Otte, G., 448 n. 985
 Ourliac, P., 184
 Paradisi, B., 124
 Pegas, M. A., 158 n. 262
 Pereira, G., 274 n. 497
 Pereira, Isaías da R., 460 n. 999
 Perelman, Ch., 478 n. 1026
 Peres, Damião, 51, 178 n. 312
 Perez-Martin, A., 437 n. 963
 Perez-Prendes, J. M., 142 n. 229, 183
 Perez, J. Beneyto, 388 n. 799
 Perroy, E., 187 n. 330
 Peset, J. L., 12 n. 1
 Peset, M., 224 n. 413, 12 n. 1
 Petit-Dutaillis, Ch., 230 n. 432
 Piccioto, S., 48 n., 41
 Piel, J. M., 147 n. 243
 Pimenta, A., 493 n. 1055
 Pitta, J. P., 450 n. 989
 Poggi, G., 48 n. 41, 202 n. 370
 Portugal, D. Antunes, 193 n. 350, 197 n. 364
 Poulantzas, N., 90 n. 79, 415 n. 876
 Pound, R., 15 n. 4
 Prestage, Edgar, 347 n. 701
 Quaresma, M. B., 521 n. 1120
 Raffestin, Cl., 150 n. 250
 Rapariegos, A. G., 435 n. 933
 Raposo, Hipólito, 309 n. 601
 Rau, Virgínia, 345 n. 695, 193 n. 348, 231 n. 433
 Reinoso, M., 522 n. 1124
 Reis, A. dos, 434 n. 930
 Resende, Garcia de, 275 n. 498
 Reyger, Arnaldo de, 291 n. 539
 Ribeiro, J. Pedro, 247 n. 467, 335 n. 670, 261 n. 455, 157 n. 259, 58, 159 n. 265
 Ribeiro, J. Pinto, 227 n. 422, 258 n. 446, 225 n. 417
 Ribeiro, O., 230 n. 432, 230 n. 430, 127 n. 192
 Richet, D., 220 n. 407
 Rocha, A. M. Coelho da, 31 n. 28
 Rodrigues, Amador, 261 n. 458
 Rodrigues, F., 405 n. 853
 Rodrigues, M. T. C., 232 n. 434
 Ronal, M., 150 n. 250
 Rosenberg, H., 384 n. 789
 Rotelli, E., 84 n. 67
 Russell, P., 491 n. 1047
 Sá, A. Moreira de, 335 n. 670, 206 n. 578
 Sá, J. A., de, 253 n. 484
 Saavedra, J. Garcia de, 291 n. 539
 Salomon, N., 291 n. 539
 Sanchez-Albornoz, Cl., 115 n. 255, 139 n. 220, 131 n. 201, 148 n. 244
 Santa Rita, J. G., 365
 Santarém, Visconde de, 206 n. 371
 Santos, Boaventura S., 416 n. 877
 Santos, Clemente J., 19 n. 8
 Santos, L. Farinha dos, 67
 São Paio, F. Coelho de Sousa, 146 n. 240
 Saraiva, Cardeal, 145 n. 235
 Saraiva, J. Hermano, 255 n. 493
 Sardinha, A., 205 n. 371
 Savigny, F. C., 441 n. 973
 Savory, H. N., 67
 Sbricoli, M., 111 n. 114, 449 n. 986
 Scammo, A., 301 n. 567
 Schiera, P., 84 n. 67
 Schioppa, P., 209 n. 381
 Schoenbauer, E., 80
 Scholz, J. — M., 19 n. 9, 12 n. 1, 520 n. 1115, 18 n. 7, 50, 261 n. 455
 Sereni, E., 37 n. 35, 90 n. 79
 Serrão, J., 52
 Serrão, J. V., 145 n. 235, 491 n. 1047, 309 n. 601
 Silbert, A., 86 n. 75, 87, 19 n. 9
 Silva, A. Delgado da, 57
 Silva, Félix C., 246 n. 464
 Silva, J. Esteves da, 26 n. 18
 Silva, J. J. Andrade e, 57
 Silva, J. V. Álvares da, 173 n. 294
 Silva, Luís A. Rebelo da, 31 n. 26
 Silva, M. Gonçalves da, 520 n. 1114
 Silva, N. Espinosa G. da, 184, 182 n. 327, 111 n. 117, 503 n. 1076, 503 n. 1075, 491 n. 1047, 520 n. 1117,

- 526 n. 1145, 424 n. 902, 33 n. 31,
501 n. 1071
Skinner, Q., 317 n. 630
Soares, T. S., 376 n. 770, 368 n. 750,
152 n. 253, 232 n. 434, 127 n. 192,
148 n. 244, 87, 150 n. 248
Sousa, A. Caetano, 165 n. 281
Sousa, I. Pereira de, 362 n. 738
Sousa, J. J. Pereira e, 58
Sousa, J. J. Pereira e, 210 n. 403
Sousa, Marnoco e, 50
Spangenberg, H., 83 n. 67
Spínola, F. Tejada de, 306 n. 578, 303
n. 571
Stammler, O., 449 n. 986
Stokl, G., 371 n. 770
Suarez, Francisco de, 303 n. 571
Swart, K. W., 388 n. 799
Tapié, V. I., 301 n. 567
Tezner, F., 266 n. 465
Thalmein, K. C., 449 n. 986
Thieme, H., 321 n. 633
Thomaz, M. Fernandes, 58
Tigar, M. E., 449 n. 987
Tilly, Ch., 384 n. 789
Torgal, L. Reis, 205 n. 371
Torres, J. M. Cordero, 347 n. 701
Touchard, J., 317 n. 630
Tovar, Conde de, 347 n. 701, 308
n. 599
Townsend, M., 291 n. 539
Troje, H. - E., 484 n. 1036
Trusen, W., 449 n. 987
Tytheca, O., 487 n. 1026
Ullmann, W., 214 n. 392, 210 n. 383,
422 n. 896
Ulloa, Miguel, 346 n. 695
Valasco, Álvaro, 522 n. 1125 e 1126,
156 n. 257
Valdeavellano, L. G., 155 n. 254, 51,
253 n. 484
Vale, A. Lucena e, 255 n. 493
Vale, Manuel Solano do, 58
Valiente, F. Tomas y, 386 n. 792, 388
n. 799, 18 n. 7, 138 n. 216, 347 n.
702
Vandelli, D., 228 n. 425
Vanderlinden, J., 481 n. 1031
Vasconcelos, A. G., 364 n. 746
Vasconcelos, J. Ferreira de, 275 n. 498
Vasquez, G., 415 n. 875
Veiga, S. P. M. Estácio da, 80
Velasco, Gabriel, 219 n. 403
Ventura, R., 80
Vicente, A. Pedro, 431 n. 920
Viehweg, Th., 479 n. 1028, 197 n. 363
Vigil, M., 82 n. 66, 71 n. 51
Vilar, P., 91 n. 79, 16 n. 6
Villapalos, G., 328 n. 661
Villard, P., 289 n. 533
Villey, M., 414 n. 871, 80
Vinogradoff, P., 230 n. 432
Vives, J. Vicens, 16 n. 6, 269 n. 478
Weber, M., 365, 161
Weimar, P., 448 n. 985
Wesenbechii, M., 291 n. 539
Winckelmann, J., 365
Witte, Ch. m. de, 346 n. 696
Wolf, A., 433 n. 929

ÍNDICE

PREFÁCIO	7
I. INTRODUÇÃO	11
1. A história das instituições como perspectiva da história jurídica ..	11
1.1. História das fontes, história da "dogmática", história das instituições	11
1.2. O "legalismo" e o "idealismo", pressupostos filosóficos das anteriores concepções historiográficas	12
1.3. Os fundamentos teóricos e filosóficos da "história das instituições"	16
1.4. A escola dos "Annales"	16
1.5. Linhas de força de uma história "institucional" ou "social" do direito	17
2. A função da história das instituições na formação dos juristas ...	29
1. 2.1. Perspectiva histórica	29
2.2. O interesse actual da história das instituições	34
2.3. O interesse da história do direito para os cultores da história social	35
3. Periodização da história das instituições em Portugal	36
3.1. Pressupostos metodológicos	37
3.2. Periodização adoptada	40
4. Instrumentos de trabalho	50
5. Algumas normas de citação e utilização das fontes jurídicas	53
6. Breves indicações sobre técnicas de pesquisa de bibliografia e de fontes no domínio da história das instituições	57
II. PERÍODO PRIMITIVO	59
1. Introdução	59
2. Comunidades paleolíticas	60
3. Comunidades neolíticas e eneolíticas	61
4. Direitos primitivos	66
5. Bibliografia	67
III. PERÍODO ROMANO	69
1. Introdução	69
2. O imperialismo romano	69
3. A integração da Península no sistema imperialista romano. Exploração e organização económicas	70
4. Integração político-administrativa	72
5. Direito e prática jurídica	78
6. Bibliografia e fontes	80

IV. PERÍODO FEUDAL. PROLEGÓMENOS DE TEORIA SOCIAL ..	81
1. Introdução	81
2. O sistema feudal	82
2.1. O feudalismo enquanto sistema jurídico-político	83
2.2. O feudalismo como sistema económico-social	88
2.2.1. A titularidade do processo produtivo	92
2.2.2. A apropriação e repartição do excedente	96
2.3. O direito no sistema feudal	101
V. PERÍODO FEUDAL INICIAL	107
1. Introdução. Sinopse do conspecto económico, social e político ..	107
2. Características fundamentais do sistema jurídico-político	107
3. Indicação da sequência	112
V.I. O REINO VISIGÓTICO	113
1. Introdução	113
2. Instituições sociais	113
3. Instituições políticas e administrativas	116
4. Fontes de direito e prática jurídica	120
7. Bibliografia e fontes	123
V.II. OS REINOS NEO-GÓTICOS OU DA RECONQUISTA	125
1. Introdução	125
2. Contexto económico e social	127
2.1. O monopólio feudal da terra	128
2.2. As concessões agrárias	130
2.3. Tipologia da situação jurídica da terra	133
2.4. O domínio senhorial	138
3. Governo e administração	142
3.1. O rei	143
3.2. Altos funcionários palatinos	147
3.3. A cúria régia	148
3.4. Administração local. Os territórios	149
3.5. Os concelhos	151
3.6. As terras senhoriais	154
3.7. Os meios de governo. A administração financeira	163
3.8. Circuito económico e circuito financeiro	167
3.9. Conclusão. A função geral do sistema político alto-medieval ..	169
4. O direito	171
4.1. O direito dos reinos da alta idade Média peninsular. Carac- teres	171
4.2. O direito dos reinos da alta idade média peninsular. Caracte- rísticas institucionais da prática jurídica	172

4.3. O direito dos reinos da alta idade média. Caracteres gerais do sistema jurídico	175
4.4. Fontes de direito	181
5. Bibliografia	183
VI. PERÍODO DO SISTEMA CORPORATIVO	187
1. Conspecto económico-social	187
1.1. Introdução. A crise do século XIV	187
1.2. A regulamentação jurídica da actividade económica	188
1.2.1. Formas e objectivos da regulamentação da actividade económica	188
1.2.2. As corporações de mesteres	195
1.2.3. Consequências dogmáticas	196
2. Conspecto político-institucional	199
3. A representação corporativa da sociedade	205
3.1. A irredutibilidade dos corpos e o anti-individualismo	206
3.2. A construção jurídico-dogmática dos corpos	212
4. A concepção corporativa na dogmática jurídica portuguesa dos séculos XVI a XVIII	216
4.1 A autonomia dos corpos inferiores	215
4.2. A hierarquias sociais	220
5. As cidades. Aspectos sociais, económicos e institucionais	230
5.1. A estrutura social do mundo urbano	231
5.2. A estrutura económica do mundo urbano	237
5.3. A estrutura administrativa do mundo urbano. A administração concelhia	243
5.3.1. A administração autónoma	243
5.3.2. A intervenção do poder central	251
5.4. A administração concelhia nos séculos XVI e XVIII	255
5.5. Autonomia concelhia e vida jurídica local	259
5.5.1. A-autonomia jurisdicional	263
5.5.2. Perspectivas sobre o mundo jurídico local	267
5.6. As finanças dos concelhos	280
6. Os senhoriais	282
6.1. Evolução dos senhoriais a partir do séc. XIV	282
6.2. Âmbito de poderes senhoriais	291
6.3. Importância relativa dos domínios senhoriais	297
6.4. Poderes administrativos e jurisdicionais dos senhores	300
7. O poder central. O rei	302
8. Os direitos dos súbditos e as limitações do poder real	310
8.1. A constituição como ordem natural e tradicional	311
8.2. O carácter concreto dos direitos dos súbditos	315
8.3. As limitações do poder	316
9. A administração central. Os tribunais da corte	332
9.1. Introdução	332
9.2. A "tipologia" dos assuntos	335

9.3. A matriz institucional básica	338
9.4. Linha de evolução	345
9.5. Organigrama da administração central	350
9.6. O processo burocrático da administração central	353
9.7. O Desembargo do Paço	357
9.8. Orientação bibliográfica	365
10. As cortes	367
10.1 O fundamento jurídico das cortes	370
10.2. Convocação, composição e funcionamento	377
10.3. O declínio das cortes	380
10.4. A teoria das cortes do Antigo Regime	382
11. A burocracia. Teoria do ofício público	384
11.1. A teoria feudal dos cargos públicos	385
11.2. A teoria do cargo público como função	394
11.3. O equilíbrio das teorias anteriores na doutrina portuguesa moderna acerca do ofício público	398
11.4. Os prenúncios do comissário	400
11.5. Bibliografia	403
12. A estrutura do ordenamento jurídico	403
12.1. Uma ordem jurídica particularista	404
12.2. Uma ordem natural-tradicional	414
12.3. Uma ordem jurídica particularista	426
13. O direito na baixa idade média. Caracteres gerais	428
13.1. Características institucionais da prática jurídica	429
13.1.1. Órgãos da justiça local	429
a) Corregedores	432
b) Juizes de fora	433
13.1.2. Órgãos da justiça central	435
13.1.3. A presença de letrados no aparelho judicial baixo-medieval	439
14. A prática dogmática dos juristas na baixa idade média	440
14.1. A formação do "direito comum" e da sua ciência	442
14.2. Factores de unificação dos direitos europeus	442
14.2.1. A recepção do direito romano como direito subsidiário nos vários Estados e cidades medievais	442
14.2.2. A influência do direito romano na própria legislação local	450
14.2.3. A função do direito canónico renascido, ao constituir um limite à validade dos direitos temporais	450
14.3. A dogmática jurídica medieval	453
14.3.1. Factores de gestação	453
14.3.4.5. Conclusão	471
14.3.5. A crise do século XVI e as orientações metodológicas subsequentes	479
14.3.5.1. Pressupostos sócio-políticos e metodológicos	479
14.3.5.2. As escolas jurídicas tardo-medievais e modernas	484

15. A recepção do direito comum em Portugal: direito romano e direito canónico	489
16. O humanismo jurídico em Portugal	503
16.1. O tema da depuração histórico-filológica	505
16.2. O tema da racionalidade do direito e da liberdade interpretativa	506
16.3. Conclusão	510
17. A literatura jurídica seiscentista e setecentista	511
17.1. Introdução	511
17.2. O estado da prática jurídica na segunda metade do séc. XVI	511
17.3. Em busca da segurança: interpretação autêntica, reforma do ensino, praxística	514
17.4. Conclusão	517
17.5. Os generos da literatura jurídica dos séculos XVII e XVIII e a sua estrutura	518
18. Fontes de direito	524
19. Apêndice. Glossários básicos	531
20. Índice temático	545
21. Índice de autores citados	559
22. Índice sistemático	565